

SOMMARIO: 1. Il «soggetto» come valore. – 2. La «soggettività giuridica» e la «capacità penale» di fronte alle teorie sistemiche (continua). – 3. (segue) La “espansione soggettiva” del diritto penale. La responsabilità delle persone giuridiche nel pensiero di Günter Jakobs. Critica – 4. Il referente antropologico della responsabilità penale. – 5. La “espansione oggettiva” del diritto penale. Il c.d. “diritto penale del nemico”. Critica. – 6. La «soggettività penale» ed il contenuto minimo della «personalità». – 7. Il superamento della concezione del diritto penale come offesa ad un bene giuridico. Involuzione del diritto penale post-moderno. – 8. Conclusioni.

1. *Il «soggetto» come valore*

L’idea di «soggetto» che la scienza giuridica penale è andata costruendo nel corso della sua evoluzione può essere individuata fondamentalmente in due concezioni.

Una di matrice positivista riconducibile ad *Arturo Rocco* e *Karl Binding* i quali concepivano il “rapporto” di diritto penale un rapporto bilaterale fra lo Stato titolare del diritto soggettivo di punire ed il reo a tale pretesa assoggettato, e che può andar bene anche oggi per intendere la relazione fra il “privato”, la sua intimità e la gestione della cosa pubblica da parte dello Stato con la sua innata tendenza a ‘reificare’ i “sudditi”.

L’altra, di natura squisitamente lessicale e terminologica, capace di condurre a risultati diametralmente opposti a quelli innanzi descritti, qualora si intendesse il termine «soggetto» come «soggetto a...», «sottoposto a...» secondo la traduzione del latino *subjectum*. Ed in ciò il normativismo kelseniano si giustifica pienamente con l’affermazione secondo cui «*la cosiddetta persona fisica non è ... l’uomo, bensì l’unità personificata delle norme giuridiche*»[1], dove il solo vero soggetto è l’ordinamento ed il soggetto giuridico è soggetto solo nel senso di essere «soggetto all’ordinamento».

Tali posizioni non sono, a nostro modo di vedere, del tutto antitetiche; anzi è dato scorgerne una eterna convivenza nella storia del diritto penale, espressione, la prima, del pensiero più squisitamente dogmatico, la seconda, esternazione della parallela evoluzione della filosofia del diritto e della sociologia.

Basti pensare che a questo schema corrisponde, nel contrattualismo sociale, la rinuncia che gli uomini dello “stato di natura” fanno di una porzione di libertà in favore della comunità, la quale può assumere essenzialmente due forme: governo o regno.

Solo apparentemente il *contrattualismo* si presenterebbe migliore rispetto al *positivismo*[2]. Recenti tendenze ricercano proprio nel contrattualismo la giustificazione di talune gravi forme di aggressione

alla “vita privata”.

Le proposte epistemologiche della metafisica, tuttavia, non impediscono di constatare che, quel settore della scienza, ha, già da tempo, preso atto della dispersione della valenza ontologica costitutiva dell'essere, di una «soggettività senza soggetto» che caratterizza la post-modernità[3].

L'esasperata *normativizzazione* del soggetto ha portato ad una incontrollata “espansione” del diritto penale, giustificata dallo sviluppo della “società del rischio” e dalla necessità di contenere dilaganti fenomeni di criminalità ricorrendo a mezzi di difesa sociale del tutto eccezionali[4].

Si assiste – e sono questi i due piani sui quali si articola la presente indagine – ad una «espansione *soggettiva*» del diritto penale, che ha coinvolto soggetti diversi dalle “persone fisiche”: le “persone giuridiche”, ed ad una “espansione *oggettiva*” verso nuove forme di intervento oltre i limiti stabiliti dal “patto sociale”, che hanno l'effetto di ‘reificare’ i destinatari delle norme penali.

Un atteggiamento arrendevole nei confronti di un tale stato di cose porterebbe a concludere molto semplicemente che il «soggetto» è il “termine”, il punto di riferimento delle conseguenze giuridiche scaturenti dalla norma penale, colui il quale è assoggettato alla pretesa punitiva dello Stato. È questa una concezione passiva del «soggetto» rispetto all'ordinamento, inglobato nei fenomeni normativi solo se titolare di una pretesa o di un dovere[5].

Così facendo si dimentica che il diritto penale (*rectius*, la scienza giuridica penale) è un fenomeno umano, culturale e, pertanto, di fronte alla scienza come fenomeno culturale, l'atteggiamento da assumere, il metodo di approccio ad esso, non è quello più o meno consapevolmente o inconsapevolmente storicistico di considerare l'ultimo stadio di questo fenomeno[6].

Per comprendere lo stato attuale della scienza, al contrario, è necessario esaminare ciò che resta del passato, ciò che è vivo, quindi presente, per cogliere le radici di un dibattito, che sembra essere stato posto in *non cale* dai penalisti in virtù del “postismo” e che ha finito per diventare uno *slogan*, il quale, prendendo a prestito le parole di *Spengler*, segna sconsolatamente il declino dell'Occidente: un «suolo metafisicamente esaurito»[7].

Il peccato originale del normativismo kelseniano sta nell'aver trascurato la reale funzione e consistenza ontologica del soggetto. Molto meglio, il «soggetto» in diritto penale può (anzi, deve) essere concepito oltre norma ed al di là dell'ordinamento, come portatore di un valore in sé.

Sotto questo aspetto si comprendono le moderne tendenze all'*antigiuridismo*, volte a restituire preminenza all'uomo, ove il diritto è presentato (voluto) come *posterius* rispetto all'ordine etico-morale.

Queste concezioni, antiche e recenti, danno conto di taluni aspetti del soggetto e del suo ruolo, alle quali corrispondono, a livello più generale, gli statuti epistemologici della filosofia e dell'antropologia culturale[8].

L'incertezza delle condizioni di verità della conoscenza in generale e di quella afferente ai valori orientativi dell'azione, la scoperta delle dimensioni profonde della conoscenza, portano tutte ad una “relativizzazione” della persona con effetti devastanti in ordine alla dissociazione della personalità e, di conseguenza, alla grave alterazione del rapporto dell'individuo con gli altri e la realtà intera.

L'individuo si trova ad essere soffocato da tali e tante sovra-strutture da far perdere di vista i valori centrali su cui si basa. Ciascuno, come testimoniano talune opere letterarie particolarmente significative, “recita” semplicemente una “parte” all'interno di un sistema comunicativo, ove la perdita di identità personale svela un vero “nessuno”[9].

Una provocazione in chiave moderna è rappresentata dalla ‘spinte’ verso la “globalizzazione”, processo nel quale i sistemi fortemente “positivizzati” si scontrano con quelli la cui rovina è stata cagionata dall’esplosione dei “diritti naturali”, con inevitabili ripercussioni anche sui sistemi a democrazia avanzata, nei quali le istanze verso il riconoscimento dei diritti inviolabili della persona sono rivolte contro un eccesso di normazione e comunicazione, costituenti la “dittatura dei diritti e dei doveri”.

La “questione *uomo*” sta portando anche nei Paesi occidentali ad un rovesciamento istituzionale, ove il diritto naturale, depositario della genuina idea di giustizia, si ribella ad un positivismo esasperato e soffocante, in cui il soggetto è degradato ad “oggetto” dei rapporti giuridici, depotenziato quale strumento meramente *funzionale* agli obiettivi continuamente variabili di una società complessa in continua, mobile trasformazione: un “portatore a-soggettivo di funzioni”[10].

Affermazione che rappresenta uno sbocco naturale del razionalismo moderno, ma che finisce per fare dell’esclusione del soggetto umano in quanto *coscienza*, il presupposto di un astrattismo antropologico, che condiziona tutta la cultura umanistica successiva fino al recente ‘rinascimento’ esistenzialista, spiritualista e personalista, il quale ha costituito il solo bastione di resistenza alle riduzioni “strutturaliste” e “convenzionaliste” della conoscenza tentate dalla filosofia neopositivista, soprattutto quella del neopositivismo logico.

Anche a livello letterario e rappresentativo si assiste ad una reazione all’“omologazione” ed al disagio seguito all’universalizzazione delle tendenze e dei valori. Il motivo è abbastanza semplice: la perdita di identità e di ruoli all’interno della società attuale, dove l’individuo nasce e si sviluppa, spinge sempre di più verso una riconquista di se stessi, della propria individualità[11].

2. La «soggettività giuridica» e la «capacità penale» di fronte alle teorie sistemiche (continua)

I riferimenti al senso comune sono particolarmente interessanti per la comprensione dell’attuale sviluppo della scienza penale, sempre più inglobata in istanze sociologiche e meta-giuridiche[12]. La struttura sociale costituisce l’oggetto della teoria generale del diritto e della dogmatica, in quanto costante necessaria della materia, regolata dalle proposizioni giuridiche. L’interprete non significa più la norma come dato primario dell’esperienza giuridica, ma la sostituisce con lo studio sociologico del diritto, quale sistema o sottosistema di un insieme, nel quale interagiscono fra loro soggetti del tutto eterogenei.

In ambito filosofico il «soggetto» assume un primo significato a livello del linguaggio, inteso sia come colui che parla, sia come parte della frase, sia infine quale oggetto della frase stessa; ma nulla ancora è detto sulla sua sostanza.

Il passaggio dal moderno al post-moderno sta proprio in ciò: le relazioni umane non sono più un rapporto fra soggetti, bensì «luoghi dell’accadere». La trasformazione dell’idea di «soggetto», definito un «animale in preda al linguaggio» ed il linguaggio «il suo stesso accadere», ha inizio con la negazione del fenomeno morale.

Si fa strada la tesi per la quale, al «paradigma della conoscenza di oggetti», proprio della teoretica del soggetto autocosciente, si sostituisce il «paradigma dell’intendimento fra soggetti capaci di comunicazione mediante il linguaggio e l’azione»[13].

Le teorie sistemiche perseguono un miglioramento della “autodescrizione” del diritto, edificandolo

come sistema autonomo, completamente svincolato dal soggetto quale origine di un ordinamento giuridico razionale.

Sul versante del diritto penale le teorie sistemiche, intrise dei ricordati elementi filosofico-valorativi, andando al di là del funzionalismo nella sua dimensione ‘pura’, consentono di sostenere che, se la società non può intendersi costituita da azioni ed il sistema sociale è composto da unità comunicative, il concetto di «soggetto» per il diritto penale deve comprendere, oltre gli individui, anche gli enti collettivi, ed a partire da questa concezione si devono strutturare talune delle categorie di teoria generale, che conosciamo con il nome di «azione» e di «colpevolezza». Conseguentemente, l’orientamento politico-criminale della moderna dogmatica verso il fine di prevenzione, esige che il giurista possa disporre di concetti flessibili; concetti che possono essere solo normativi[14].

Dal punto di vista della pena, si assiste ad un’inversione metodologica: chi è soggetto giuridico, perché parte di un sistema comunicativo, qualora violi taluno dei precetti, posti a prevenire il turbamento dell’ordine sociale (non più la lesione del bene giuridico), è assoggettato all’applicazione di una pena per ristabilire quell’ordine.

Chi è «capace di pena» (e, a questo punto, ogni ente giuridico lo è) è «soggetto»: è «capace di diritto penale».

Una prima cosa va, a questo punto, chiarita. Il soggetto “*giuridicamente* capace” non sempre è “*penalmente* capace”, perché trattasi di concetti differenti, irriducibili ad unità. In secondo luogo, per risolvere taluni problemi preliminari e costruire gli istituti giuridici, è necessario muovere dall’interpretazione di un sistema positivo dato.

Sul piano dogmatico riteniamo doveroso partire dalla discussione, apparentemente sopita, sulla nozione di «capacità penale», di recente, anche da parte di autorevoli scrittori, oggetto di considerazione di stampo naturalistico.

È stato sostenuto che la mancata collocazione della «imputabilità» nel contesto della «colpevolezza», secondo le più *moderne* acquisizioni della scienza penale, sarebbe un omaggio alle tesi formali e di marca civilistica riguardanti la categoria della «capacità penale»[15].

Lasciando da parte la questione circa la ritenuta “modernità” della scelta auspicata, perché non interessante ai fini della nostra ricerca[16], è evidente l’equivoco, insito nell’affermazione sopra riportata: una cosa è la «capacità» come *idoneità ad entrare in un rapporto di diritto penale*; altra, e ben diversa, è la «capacità» quale *idoneità a determinati comportamenti intellettivi e volitivi*.

In breve, sovrapporre la «capacità» all’«imputabilità», equivale a ritenere che, un individuo, affetto da vizio totale di mente, che abbia commesso un fatto preveduto dalla legge come reato, non sia penalmente «responsabile», non sia, in altri termini, «soggetto» di diritto penale. Ciò vuol dire, secondo la tesi in parola, che il non imputabile non potrebbe essere né centro di imputazione di fattispecie oggettive, né punto di riferimento di rapporti giuridici (anche non penali).

L’attuale diritto positivo considera l’imputabilità una qualifica giuridica soggettiva, la quale consente, qualora questa manchi, e sia accertata la pericolosità sociale del reo, di specificare la sanzione, astrattamente individuata nella pena, in una misura di sicurezza[17].

Il nostro sistema offre, quindi, una nozione ampia di punibilità, la quale non si riferisce solo alla pena, ma abbraccia, presenti le citate note soggettive “specializzanti”, le misure di sicurezza, alle quali la dottrina ha, già da tempo, attribuito natura criminale e ci consente di elaborare una nozione esaustiva di “responsabilità penale”, tesa a coinvolgere nel rapporto giuridico tutti i soggetti persone fisiche[18].

La «capacità penale» non può essere sensatamente considerata una tesi formale presa a prestito dal diritto civile, il quale, diversamente dal codice penale, dà una definizione di «capacità giuridica» e di «capacità di agire».

È stato magistralmente dimostrato che qualsiasi ordinamento o settore di ordinamento, deve preliminarmente porsi un problema di “organizzazione”, di individuazione cioè del centro di imputazione di effetti e situazioni giuridiche[19], per cui sembra conforme a canoni della buona esegesi ricavare una nozione di «capacità» valida per il diritto penale, anche se non coincidente, per taluni versi, con quanto dettato da ordinamenti che la figura in questione prevedono.

A partire da *von Savigny* e dai suoi discepoli si è detto che non c'è diritto senza un soggetto, al quale poter riferire degli effetti giuridici.

È più che attuale interrogarsi sul ruolo che il soggetto ha nella dinamica giuridica e come debba essere considerato nei vari settori dell'ordinamento. Più precisamente, esso è preesistente all'ordinamento ed è, da un punto di vista sistematico, elemento di fattispecie, alla cui ricostruzione partecipa fondandone la stessa rilevanza giuridica.

Potrebbe sembrare questa una posizione estremamente formale ed ispirata ai canoni più rigorosi del normativismo kelseniano, del quale in Italia il più acuto e critico sostenitore è stato – come noto – il *Gallo*[20].

Nel Codice Rocco è presente un'ampia gamma di figure di qualificazione e di imputazione di stampo normativo[21], delle quali però la «capacità penale» non fa parte, perché è un concetto che non si ricava per via esclusivamente interpretativa: è un *problema preliminare di organizzazione* che, senza dubbio, deve essere messo in relazione con il materiale normativo, per vedere se presenta taluni punti di minor resistenza alla critica[22].

Un primo tentennamento della teoria in parola potrebbe ravvisarsi in quelle espressioni per le quali gli enti collettivi non sono penalmente responsabili, perché sforniti di «capacità penale». Seguendo sino in fondo il normativismo sotteso alla c.d. «capacità penale», sarebbe, di contro, giocoforza ricomprendere anche le persone giuridiche quali destinatarie delle norme penali e dei relativi doveri.

Ma non sembra che i termini della critica siano impostati correttamente.

Basti pensare che, la collocazione delle situazioni di «immunità» nell'ambito dell'«incapacità penale», significa che l'ordinamento è libero di trattare come crede le diverse posizioni soggettive, rendendo i soggetti destinatari o non destinatari di sanzioni penali. In ogni caso ci si riferisce sempre a delle persone fisiche.

Difficile pensare che gli stessi sostenitori della qualificazione giuridica di cui si discute, abbiano voluto spingersi oltre, anche se non manca fra essi chi, in linea astratta, ha, in tempi recenti, ipotizzato la compatibilità fra la “personalità” degli enti riconosciuta dall'ordinamento e l'art. 27, primo comma, della Costituzione[23].

La «personalità» è, per comune insegnamento, il complesso dei diritti e dei doveri, che fanno capo alla persona fisica o giuridica. Si valorizza al massimo il potenziale figurativo della norma, la sola in grado di stabilire se una data entità sia suscettibile di una qualche valutazione ai fini del diritto, per cui, assunta nel più vasto concetto della «personalità», la distinzione fra la «capacità giuridica» e la «capacità di agire», è superabile [24].

Il concetto di «personalità», richiamato dall'art. 2 della Costituzione, riguarda la sola persona fisica nelle varie forme di manifestazione della sua libertà, sia come singolo sia come membro di collettività,

entro le quali si svolge la sua personalità. In tanto è possibile estendere le c.d. «libertà negative» alle collettività, in quanto queste sono derivate dai singoli uomini che le compongono[25].

L'importanza dell'art. 2 Cost. consiste nell'aver collocato la persona umana al centro dell'ordinamento repubblicano, in una posizione di anteriorità rispetto a quello, costituendo in capo al «soggetto» veri e propri diritti soggettivi (pubblici), ove soggetto passivo del rapporto così instaurato è lo Stato[26].

Nello sviluppare le “libertà negative”, il Legislatore Costituente ha seguito un metodo di specificazione del contenuto degli artt. 2 ss., particolarmente per ciò che attiene alla norma penale, agli articoli 13 ss., ove sono previste particolari cautele accompagnate da fermi divieti per quanto riguarda la libertà personale, la libertà di domicilio, la libertà e la segretezza della corrispondenza, la libertà di circolazione e soggiorno, la libertà di riunione, la libertà di associazione, la libertà di religione, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà dell'arte e della scienza e la libertà di insegnamento.

La prevalente dottrina ammette che, anche fra le disposizioni costituzionali, si possano instaurare rapporti di “prevalenza”, di “coordinamento reciproco”, di “specialità”. Ad un ulteriore scopo di affinamento e di individuazione delle garanzie poste a presidio della libertà personale, sono volti gli artt. 25 e 27 Cost., congegnati in modo tale da poter favorire, anche nella materia costituzionale, il ricorso all'interpretazione sistematica e per spiegare come è possibile – secondo noi – escludere che la «personalità», cui fa riferimento l'art. 27, primo comma, della Costituzione, sia estensibile alla «personalità (giuridica) generale»[27].

È vero che l'intenzione del legislatore costituente non offre spunti decisivi per confermare quanto sin ora sostenuto[28]; è altrettanto vero, però, che l'interpretazione delle norme costituzionali non può prescindere dalla conoscenza dei lavori preparatori, che indicano la traduzione in norme di diritto dei postulati ideologici accolti dalle forze politiche.

Orbene, mentre, ad esempio, per i «rapporti economici» la tecnica seguita dal legislatore costituente ha indicato positivamente quello che lo Stato può (o deve) fare, contemporaneamente individuando, attraverso formule più o meno precise, il fine di tale intervento, per le libertà tradizionali la Costituzione si è soprattutto preoccupata di segnare dall'esterno i limiti di carattere negativo che il legislatore ordinario non può superare.

Una disciplina, quella riguardante la “materia penale”, decisamente analitica, ove l'art. 27 Cost. (assieme agli artt. 24 e 25) rappresenta una specificazione dell'art. 13 cpv., il quale, a sua volta, è una esplicitazione dettagliata dell'art. 2 Cost., segnatamente ai diritti inviolabili del cittadino, riferibili, per motivi storici ed interpretativi, esclusivamente alla persona fisica.

Arrestando per il momento l'indagine su questo punto, è dato riscontrare, nel dibattito attuale, una rinnovata tendenza verso il normativismo, anche se sotto altre vesti e partendo da presupposti diversi, le cui conclusioni appaiono particolarmente interessanti ai fini del proseguimento dell'indagine.

3. (segue) La “espansione soggettiva” del diritto penale. La responsabilità delle persone giuridiche nel pensiero di Günter Jakobs. Critica

Le correnti “funzionaliste”, che sostengono i presupposti materiali dell'illecito e della colpevolezza su considerazioni normative, orientate a soddisfare le funzioni del diritto penale in una società moderna, si

possono distanziare dalla concezione della responsabilità penale incentrata sulla persona fisica.

Particolarmente interessante si presenta la posizione di *Giinter Jakobs*, secondo il quale, la prova di una azione penalmente rilevante, non si determina in base a criteri naturalistici, predominante essendo, invece, la valorizzazione del soggetto attivo del reato, sia esso persona fisica o persona giuridica[29].

Scopo del diritto penale è l'affermazione della identità normativa della società e, per ciò, esso deve reagire a fronte di un fatto non in quanto lesione di un bene giuridico, bensì quale violazione della norma[30], la quale, nel pensiero dello Scrittore, deve essere salvaguardata in quanto espressione delle aspettative sociali.

Le tesi teleologico-funzionaliste, che 'importano' nel diritto penale i risultati della "teoria dei sistemi sociali *autoreferenziali*"[31], hanno avuto larga eco, oltre che in Germania[32], nei Paesi di lingua spagnola e portoghese (anche se in America latina incontrano non poche resistenze), ove la *funzionalizzazione* delle categorie del reato, ai fini della norma e della pena, comporta necessariamente di riconoscere che, il problema della «responsabilità penale», è una questione di determinazione di criteri razionali in base ai quali chiamare a rispondere, con una sanzione penale, un soggetto che ha posto in essere una condotta illecita[33].

In un contesto dominato dall'astrattismo, dove, sulla scia del normativismo kelseniano, l'individuo è la personificazione dei doveri giuridici e dei diritti soggettivi, non è più possibile distinguere una persona fisica da una persona giuridica. Anche la persona fisica è una persona giuridica, punto di riferimento di aspettative che, riguardo ai diritti, permette determinate libertà e, nell'ambito dei doveri, libertà sin dove si concretizza la sua realizzazione: «persona è la restrizione, attribuita in forma individuale, della possibilità di agire»[34].

Il pensiero di *Jakobs*, a tal proposito, è degno della massima attenzione. Pur interessato da recenti modifiche in relazione alla possibilità di sanzionare penalmente le persone giuridiche, esso rappresenta un'ottima base di partenza per la presente ricerca, volta ad evidenziare la profonda crisi che il "soggetto" sta attraversando nell'attuale sviluppo del dibattito penalistico.

Un primo punto, di valenza generale, è contenuto nell'affermazione che le persone fisiche e le persone giuridiche, sono «costruzioni del processo di comunicazione». Non si nasce come persona, non si è persona a partire dalla naturalezza, bensì in base a determinate relazioni sociali, nel momento in cui sono attribuiti diritti e doveri[35].

In questo più recente scritto, lo *Jakobs*, tenendo conto della "relatività" della personalità[36], *melius re perpensa*, abbandona il punto di vista per il quale le persone giuridiche hanno "capacità di azione criminale" e "capacità di colpevolezza".

Basta però scorrere le note dello scritto citato, per rendersi conto che il superamento della originaria posizione sostenuta nel Manuale[37] sia più apparente che reale. In polemica con *Schünemann* egli ritiene che la persona giuridica ben può violare una concreta norma di comportamento ed i suoi doveri per mezzo di un organo che non persegua interessi propri[38].

Ciò ha notevoli conseguenze sul piano dogmatico, anche per chi, come *Jakobs*, nega che una persona giuridica possa essere ritenuta penalmente responsabile.

Il discorso è condotto – come d'uso – sul piano della colpevolezza. Questa è, per sua natura, una posizione personalissima e non può essere traslata da un organo (della persona giuridica) all'ente stesso[39].

Ammettiamo per il momento che la colpevolezza dell'organo possa essere attribuita alla persona

giuridica come propria. L'autore del reato non raggiunge – secondo una misura obiettiva – il livello di fedeltà alla norma che gli si richiede; non una semplice deviazione da essa, ma una vera “presa di posizione” in senso contrario: un atto con significato comunicativo[40].

Una simile “presa di posizione” non presuppone unicamente l'unione di una coscienza qualsiasi, che abbia la capacità di esteriorizzarsi come se si trattasse di un bambino irresponsabile, bensì di una coscienza che, sul piano comunicativo, si presenta idonea a comprendere il significato della norma e di farla sua o, al contrario, di sbagliare.

Solo una persona “competente” sul piano comunicativo, alla quale si ascrive una coscienza propria, può comportarsi “colpevolmente” secondo un moderno – ma non immutabile – significato.

Per *Jakobs* l'organo di una persona giuridica non può produrre una coscienza comunicativa, che appartenga sia a lui sia alla persona giuridica, perché altrimenti dovremmo considerare “persona giuridica” quella persona che va a dissolversi nell'ente, al quale si vorrebbe *imputare* la colpevolezza. Da altro punto di vista, non basta qualsiasi “coscienza”, ma solo quella, propria delle persone fisiche, che rimane identica senza soluzione di continuità[41].

I risultati negativi, cui giunge lo *Jakobs*, si muovono, s'è visto, sul terreno della colpevolezza quale criterio di imputazione non psicologico, ma sociale, sistemico. Non più una «situazione finale» è imputata all'agente, bensì la «colpevolezza» intesa come presa di posizione negativa nei confronti della norma penale. Una colpevolezza che assorbe in sé l'elemento oggettivo del reato e le qualità bio-psichiche del soggetto.

Noi non crediamo che, anche sullo sfondo problematico del rapporto di imputazione, la tesi di *Jakobs* sia accettabile.

Per l'illustre Autore la persona giuridica, infatti, può infrangere la situazione di dovere scaturente dalla norma penale per mezzo dei suoi organi o rappresentanti. Ciò non consente, però, di formulare nei confronti dell'ente un rimprovero di natura penale, proprio perché, sempre sul piano normativo, la colpevolezza non è traslabile dalla persona fisica alla persona giuridica solo a cagione della irriducibilità della prima alla seconda.

Prescindendo – in questa fase della ricerca – da conclusioni interpretative rigide[42], non può negarsi che la «colpevolezza» sia una delle componenti, assieme al rapporto di causalità materiale, del più ampio «rapporto di imputazione». Le origini storiche e le premesse politiche che propugnano il principio di colpevolezza, consentono di affermare, con sicurezza, che esso non può esaurire il rapporto di imputazione, né esaurirsi nella dimensione oggettiva di questo[43].

Dimensione oggettiva che, oltre a ricavarsi dal termine “fatto” usato nell'ultima parte dell'art. 25, secondo comma, Cost., non può non tenere in considerazione il divieto di responsabilità per fatto del terzo, che, con i criteri di imputazione soggettiva, non ha una relazione diretta, bensì concorrenziale, nella configurazione della “dimensione dell'illecito”[44].

I risultati della profonda indagine condotta dallo Scrittore, oltre che sul terreno strettamente interpretativo, non possono essere accolti nemmeno tenendo conto delle premesse filosofiche dalle quali egli muove.

Il riferimento al pensiero di *Locke*, fra i primi a svincolare l'“identità” della “corporeità” ed a produrre questa identità attraverso la coscienza come unità di coscienza del presente e di ricordi, se ha posseduto un potenziale di fruibilità a livello ermeneutico in materia di “errore” con la elaborazione della teoria del *Mitbewußtsein*[45], non può svolgere analogo ruolo epistemologico riguardo all'imputazione penale.

Sul piano strettamente storico-filosofico è avvenuto che, nel periodo successivo alla pandettistica, l'equazione *soggetto-uomo* è stata messa in crisi dalla considerazione dei diritti soggettivi come una forma di subiettivazione delle norme, ossia come un riflesso del diritto obiettivo. In tal modo, l'individuo diventa *oggetto* del diritto ed il «soggetto» è semplicemente *riconosciuto* nella norma: la *crisi del diritto soggettivo comporta la crisi, l'eclissi della persona umana nel sistema penale*.

4. Il referente antropologico della responsabilità penale

L'incessante processo di normativizzazione dei rapporti giuridici, fra i quali, importantissimo, il rapporto di imputazione, ha prodotto, sempre sul versante filosofico, il riemergere delle istanze giusnaturalistiche, le quali pongono l'interrogativo sintetizzato in forma polemica da Sergio Cotta: «*non sarà forse che l'odierno "saper meno" d'un tempo che cosa sia il diritto dipenda dall'aver smarrito o abbandonato pregiudizialmente la traccia del diritto naturale, segnata in modo profondo nella storia dell'esperienza umana e dalla teoresi?*»[46].

Il fervore così accesosi nella teoria generale del diritto porta, in materia penale, ad instaurare un parallelismo fra *giusnaturalismo* ed *ontologismo*.

Possiamo adesso riprendere il discorso, lasciato in sospenso, sul significato della «personalità della responsabilità penale».

La considerazione dell'*uomo*, termine indispensabile del rapporto di imputazione, potrebbe diventare una semplice petizione di principio agilmente «falsificabile», se non fosse dato rinvenire, a livello di diritto positivo, un referente normativo certo, che evita all'interprete di cadere nella forma estrema della fallacia naturalistica.

Estremamente interessante è il primo comma dell'art. 27 della Costituzione italiana, il quale consacra, a livello di meta-regola, la «personalità» della responsabilità penale. Su tale piano possiamo sostenere che il *principio personalistico sia la manifestazione giusnaturalistica della obbligatorietà della legge penale*.

Se l'indagine proposta confermasse questa ipotesi, potrebbe trarsi una conclusione assai interessante per la riflessione teoretica sulla «soggettività giuridica» e sulla «responsabilità penale».

Ma tale indagine non è stata ancora condotta, probabilmente perché oscurata dall'aver esaurito il rapporto di imputazione nella colpevolezza, la quale ingloba tutte le attuali necessità del diritto penale: dalla responsabilità per fatto proprio agli scopi della pena, alla motivabilità attraverso norme[47].

La responsabilità per fatto proprio abbraccia, per comune riconoscimento, sia l'aspetto oggettivo sia l'aspetto soggettivo. La normativizzazione inesorabile ha posto in *non cale* l'aspetto materiale dell'illecito penale, profondamente intriso di momenti soggettivi che, allo stato attuale, ne rendono fortemente problematica l'individuazione e la ricostruzione.

Qui sorge una grave difficoltà. Sulla scorta di quanto detto è possibile far luogo, nelle relazioni giuridico-penali, all'ingresso di soggetti diversi dalle persone fisiche ed ad una diversa considerazione di queste, indirizzate verso la «disumanizzazione».

Esaminiamo il primo aspetto.

L'impossibilità di distinguere fra il «soggetto del fatto» ed il «soggetto delle conseguenze giuridiche» fa

sì che detta coesistenza delinei a livello costituzionale ciò che caratterizza la «condizione umana».

Una condizione personalissima, che si ricollega al discorso suddetto sulla «capacità penale» e sulla inesistenza del meccanismo della “rappresentanza” in diritto penale, che rende quel concetto profondamente diverso dalla più generale «capacità giuridica», in particolar modo dalla «capacità di agire».

Solo la necessaria coincidenza, sopra delineata, nel meccanismo di imputazione, fra il «soggetto del fatto» ed il «soggetto delle conseguenze giuridiche», consente di ritenere la norma penale obbligatoria in modo universale ed assoluto, grazie al suo riferimento al contesto esistenziale supremo, rivelativo della relazionalità ontologica dell'uomo.

Quanto detto ci consente di offrire, nonostante le numerose opposizioni da sempre formulate, un approccio appunto “ontologico” allo studio della norma penale, il quale va tuttavia contenuto nei limiti esatti per evitare di sconfinare, oltre l'esegesi giuridica, nella politica criminale.

A tal proposito, sia consentito spingerci oltre. La “riferibilità” della conseguenza giuridica esclusivamente all'autore dell'illecito, permette di aggiungere un connotato ulteriore – per così dire – “tipico” al meccanismo di imputazione penale, in modo da distinguerlo dagli analoghi fenomeni civilistici ed amministrativistici, impedendo a soggetti diversi dalle persone fisiche (comunque persone, anche se giuridiche) di trovare ingresso nella dinamica della norma penale, il cui unico centro di imputazione – lo ripetiamo – è la persona fisica-individuo: l'uomo.

Da queste considerazioni è possibile anche comprendere come si possa muovere da una concezione normativa, qual è la «capacità penale», per giungere a negare decisamente che un soggetto diverso dalla persona fisica possa essere parte del meccanismo di imputazione penale.

L'art. 27, primo comma, della Costituzione italiana offre il necessario referente antropologico, giusnaturalistico, per lo studio “personalistico” della norma penale, che passa dallo stadio assolutamente astratto a quello concreto. Esso rappresenta la zona di confine fra l’“irrefragabilità” della norma penale, a questo punto considerata “giusta”, e la norma “ingiusta”, che consente di imputare effetti giuridici penali a soggetti differenti dall'autore persona fisica.

Il problema della responsabilità penale degli enti ha portato alla ribalta una questione che si voleva relegata nel passato della dogmatica: la *teoria dei soggetti*.

Che la discussione riveli tutta la sua attualità, si desume dal dibattito recentemente agitato in dottrina a proposito del sistema delineato dal d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, che ha introdotto una forma di responsabilità “amministrativa” derivante da reato, per le persone giuridiche e le associazioni.

Interrogarsi sulla qualificazione penale o amministrativa della responsabilità degli enti, significa necessariamente intendersi su quali siano i termini del rapporto di imputazione di diritto penale: i soggetti “penalmente capaci” di far parte di questo rapporto e non invece, sbrigativamente, estendere il concetto normativo di colpevolezza e le funzioni di prevenzione speciale negativa, legate alla pena[48].

La soluzione si trova a monte: riguarda i *rapporti di diritto penale*.

Anche in questo caso, l'introduzione di forme di responsabilità per gli enti collettivi, non si inserisce affatto in un percorso di modernizzazione del diritto penale, perché, così come presentato dalla dottrina, non contribuisce allo sviluppo della dogmatica.

Non è senza significato, anzi ne ha uno notevole che, nei Paesi che già da tempo conoscono forme sanzionatorie nei confronti degli enti, gli autori abbiano cominciato ad esprimere delle riserve sulla

opportunità pratica e sulla correttezza scientifica di definirne penale il “tipo” di responsabilità[49].

Sarà precisato, in lavoro successivo, che le “moderne” teorie della «colpa di organizzazione» sintetizzate con le locuzioni: *Betriebsführungsschuld*, *fehlerhaftes Risikomanagement*, *betriebstypische Gefahrverwirklichung*, *Theorie des Systemunrecht* e *Theorie der Verantwortung innerhalb von Unrechtssysteme*[50], altro non sono che riproposizioni della «teoria della finzione», risalente ai postglossatori ed adottata in Francia sino all'entrata in vigore nel 1994 del nuovo codice penale, seppur con alcuni aggiustamenti dovuti alla ricezione della «teoria della realtà».

Miglior sorte non è toccata altresì alla «*théorie de la réalité*», nata per soddisfare il principio di personalità della pena. Anche questa tesi nasce per conferire un substrato reale all'esistenza della persona giuridica, modo di espressione di un concreto volere collettivo, capace d'azione e, quindi, di “colpa”.

Essa non riesce a superare talune questioni di legittimità costituzionale, da tempo evidenziate dagli autori più consapevoli circa le ripercussioni delle sanzioni sui membri della società e sui dipendenti; circostanza che mostra chiaramente il carattere fittizio ed artificiale della “realtà” dell'ente morale e l'incapacità di questa teoria di andare oltre quello che è stato efficacemente definito come un «compromesso fra il pragmatismo del diritto antico ed il perfezionismo ideologico rivoluzionario»[51].

Tale compromesso è stato pienamente recepito dal d.lgs. 231/2001, che prevede la responsabilità dell'ente per i reati commessi da soggetti in posizione apicale, che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione, di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale ovvero che esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo dello stesso, e da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti precedentemente richiamati.

Il modello del *ricochet* è senza dubbio quello che maggiormente conferisce all'ente una reale consistenza, in modo da poter considerare ‘proprio’ di questo quel reato che è dovuto ad una difettosa vigilanza all'interno od alla mancata predisposizione di sistemi di sicurezza per prevenire i reati della specie di quello verificatosi. Soffermarci ulteriormente sul punto sarebbe un fuor d'opera[52].

Interessante, di contro, è il linguaggio del legislatore, il quale sia all'art. 6 sia all'art. 7 richiama il «reato» commesso dalle «persone» rispettivamente indicate nell'art. 5 del decreto, mostrando di voler superare, con l'art. 8, i rapporti fra la responsabilità della persona fisica e della persona giuridica, sodalizio che rappresenta la regola in qualsiasi legislazione attuale.

Con quest'ultima disposizione si abbandona – tendenzialmente – il modello della responsabilità *par ricochet* e della «teoria organica», per introdurre quello che si potrebbe definire il vero *spirito* dell'articolato legislativo.

È possibile sanzionare l'ente anche quando l'autore dell'illecito: a) *non è stato identificato o non è imputabile*; b) *il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia*.

Tralasciando la seconda ipotesi, che qui non interessa, il modello della «responsabilità propria» della persona giuridica sintetizza la necessità, evidenziata da autorevole dottrina, di evitare le ‘strettezze’ della «colpevolezza di organizzazione» e dell'«illecito del sistema» e, soprattutto, di non creare ‘secche’ nell'intervento punitivo, dovute, nella maggior parte dei casi, all'eccessiva frammentazione dei compiti aziendali ed alla scissione fra momento decisionale e momento attuativo[53].

Gli è però che la mancanza di un autore individuabile fa dubitare che in ogni caso possa parlarsi di responsabilità penale. L'impossibilità di risalire al soggetto attivo in senso fisico non consente di valutare l'illiceità del comportamento posto in essere, così come l'atteggiamento colpevole, requisiti indispensabili per poter affermare l'esistenza di un fatto di reato, dal quale dipende, a sua volta, l'illecito dell'ente.

La vasta pubblicistica sull'argomento non ha tenuto nel dovuto conto i rapporti fra l'art. 8 e gli artt. 6 e 7, i quali presentano notevoli spunti per svolgere alcune riflessioni sul legame che avvince il reo (persona fisica) e la persona giuridica.

In ordinamenti che non conoscono una descrizione della responsabilità delle associazioni così precisa come quella contenuta nel d.lgs. 231/2001, è avvertita la necessità di superare il modello del *ricochet* per rintracciare una "colpa" genuina dell'ente coerente con la "realtà" ad esso riconosciuta[54].

Analizzando più in profondità il nostro diritto positivo, è facile immaginare un coinvolgimento "riflesso" della persona giuridica a séguito della commissione nel suo interesse o a suo vantaggio di un reato doloso da parte di soggetti in posizione apicale o sottoposti alla direzione o vigilanza di questi.

In tal caso, però, il reticolato sviluppato dalla legge, gioca in negativo sull'aspetto della responsabilità, dato che l'ente non risponde, se ha rispettato le prescrizioni di cui agli artt. 6 e 7; in positivo, nel senso di conferire autonomia alla responsabilità dell'ente per un generale "difetto" di organizzazione.

Imputare "direttamente" non significa tuttavia prescindere dalla condotta di una persona fisica. Molto meglio: anche qualora la condotta dell'agente non sia assistita dal prescritto elemento psicologico e cagioni il risultato vietato, questo può essere imputato "personalmente" alla persona giuridica.

L'"identità del fatto" non implica "identità della condotta", idea che è resa perfettamente per i reati dolosi, ma che vale, a maggior ragione, per i reati colposi, ove non è sempre possibile individuare il ruolo di ciascuno dei membri che ha cooperato alla realizzazione dell'illecito per negligenza, imprudenza o imperizia (si pensi all'evento morte per inosservanza delle regole sulla sicurezza dei luoghi di lavoro).

A questo proposito sembra dettato l'art. 8, il quale, nella sua non particolarmente felice formulazione, farebbe riferimento proprio a quelle situazioni di "colpa diffusa", qualora non sia possibile ricostruire il legame che lega l'evento all'atteggiamento psicologico dell'agente o scoprire il ruolo che ciascuno dei partecipanti ha rivestito nella dinamica delittuosa.

È questa, secondo noi, la "situazione limite", lo spartiacque fra la responsabilità riflessa e la responsabilità autonoma a questo punto definibile "penale" senza troppe difficoltà.

Ma l'art. 8 fa espresso riferimento all'«autore dell'illecito» e non poteva rendere più chiaro il nesso fra la persona fisica alla persona giuridica, ovvero l'irrinunciabilità del sostrato umano, dal quale dipende la responsabilità dell'ente; requisito rafforzato dalla congiunzione «anche», per la quale è necessario, di regola, accertare l'esistenza di un autore dell'illecito, la cui mancata identificazione, come abbiamo detto, non porterà automaticamente all'affermazione della responsabilità dell'ente.

La stretta dipendenza dell'illecito amministrativo dall'accertamento del reato, emergente dall'"impianto" del d.lgs. 231/2001, rende l'art. 8 inoperante nella maggior parte dei casi, conducendo paradossalmente all'assoluzione dell'ente, quando, invece, nelle intenzioni del legislatore, si mirava ad estenderne il più possibile la punibilità. Difficoltà che non si pongono sul piano dell'illecito di diritto amministrativo.

Le situazioni di inversione dell'onere della prova previste dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001[55], ci consentono di svolgere delle considerazioni ulteriori sul piano della imputazione oggettiva. Può darsi che l'ente riesca a provare di aver adempiuto a tutte le prescrizioni, ovvero che le persone indicate nel comma 1 dell'art. 5 abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Anche in questi casi le sorti della responsabilità dell'ente e della persona fisica si separano: punibile la seconda, non punibile il primo.

Prevedere l'articolarsi, da un lato, di modelli organizzativi e, dall'altro, di soggetti chiamati a vigilare sui modelli e sui sottoposti, consente certamente di rinvenire, in capo all'ente, quel tanto di soggettivo (da valutarsi sempre in base a parametri oggettivi) richiesto in ossequio alla sua "personalità"[56]. A ben vedere, però, ciò non è indispensabile – come dimostrano il sistema francese[57] ed il recentissimo codice penale turco[58] – purché i reati siano stati commessi nell'«interesse» o a «vantaggio» dell'ente, unici criteri ascrittivi sempre presenti in tutti i sistemi che hanno dettato disposizioni sulla responsabilità delle persone giuridiche.

Sul terreno interpretativo si presenta più flessibile il modello delineato dal comma 3 dell'art. 121-2 del codice penale francese, per il quale *«la responsabilité des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits...»*. Qui la situazione appare invertita: dopo aver accertato la responsabilità dell'ente è possibile passare a sanzionare, ove ne ricorrano i presupposti, le persone fisiche autori o concorrenti nello stesso reato. Di fatto, però, come vedremo fra un attimo, la responsabilità dell'ente è logicamente susseguente all'accertamento della responsabilità dell'autore del reato.

In Francia la novella apportata con la legge 2000-647 del 10 luglio 2000 all'art. 121-3 c.p. ha sancito l'insufficienza della *«faute simple d'imprudence»* nei casi di «causalità indiretta», definita come la creazione o il contributo alla creazione della situazione che ha reso possibile la realizzazione del danno[59].

I riflessi della novella sulla responsabilità delle persone morali, che, oltre a decriminalizzare la colpa lieve, ha introdotto un ulteriore inciso al terzo comma dell'art. 121-2 c.p., sono degni della massima considerazione.

A prima vista potrebbe sembrare che, per i casi di infrazione non intenzionale, dovuti a colpa lieve, possa fondatamente parlarsi di vera responsabilità penale (autonoma) della persona giuridica[60].

La giurisprudenza, con un orientamento che conferma quanto da noi prima sostenuto, ritiene che la responsabilità penale delle collettività implica che l'organo o il rappresentante, vale a dire la persona fisica, devono realizzare l'elemento morale e materiale del reato, che è imputato all'ente. Logica vuole, continua la Cassazione, che se la persona fisica non ha raggiunto il grado di colpa richiesto che ne giustifichi la punizione, non si vede come possa coinvolgere la persona giuridica[61].

Le conclusioni si delineano adesso in modo sufficientemente preciso.

Oltre alla ferma presa di posizione del legislatore, che delinea un "tipo" di responsabilità, è dato ravvisare, nel sistema del d.lgs. 231/2001, un meccanismo di imputazione non penale, per la presenza di disposizioni che in un ordinario "regime" penalistico non sopravviverebbero a censure di legittimità costituzionale, perché consentono di mettere in conto ad un soggetto gli effetti sanzionatori di un reato da altri commesso.

Si tratta, ad ogni modo, di una responsabilità riflessa, anche in presenza di una disposizione come quella dell'art. 8 che, se letta in chiave penalistica di autonomia della responsabilità dell'ente, porterebbe ad un'automatica impunità, per l'impossibilità di accertare l'esistenza di un reato senza individuarne l'autore[62]. Muovendo, di contro, sul piano dell'illecito amministrativo, non è necessario che il reo persona fisica sia identificato, ed il termine «reato» può, fruttuosamente, essere inteso come «accadimento materiale» senza necessità di compiere ulteriori indagini, del resto poco confacenti alle esigenze di celerità e di efficacia del sistema punitivo amministrativo[63].

Anche in situazioni giuridiche differenti gli interpreti si trovano in forte imbarazzo, quando devono abbandonare il solco storicamente tracciato della «responsabilità per riflesso», la quale si concilia, a ben vedere, sia con la «teoria della finzione» sia con la «teoria della realtà».

Una volta riconosciuta la più completa autonomia dell'illecito penale e dell'illecito amministrativo (parti complementari, tuttavia, dell'illecito di diritto pubblico), i quali manifestano a loro volta differenti necessità di organizzazione e di criteri di imputazione, la «soggettività giuridica» assume, assieme alla «capacità penale», contorni più definiti e meglio rispondenti ad esigenze di progresso della scienza penale.

5. La “espansione oggettiva” del diritto penale. Il c.d. “diritto penale del nemico”

Al di là della pretesa “capacità” penale degli enti giuridici non individuali che, ove fosse accolta, consentirebbe l'ingresso nella dinamica della norma penale a soggetti diversi dalle persone fisiche, con tutta crisi dell'armonia soggettiva in punto «personalità» della responsabilità, l'attuale sviluppo della scienza giuridica penale registra un ulteriore profilo di “caduta” delle garanzie basilari nei confronti dell'uomo, al punto di dover porre il quesito se, ed a quali condizioni, sia rispettato l'aspetto più importante della soggettività umana: la dignità[64].

Lo sviluppo di questa in-voluzione del diritto penale prende avvio, ancora una volta, secondo la più in alto abbozzata inversione metodologica, dalla considerazione che la pena, da un mezzo per il “mantenimento” della *validità* della norma (*Erhaltung der Normgeltung*), è mutata in uno strumento per “fonderne” la *validità* (*Begründung von Normgeltung*).

Se una norma fissa la forma di una società, allora è lecito aspettarsi, da parte dei consociati, gli uni nei confronti degli altri, che ciascuno si atterrà alle regole[65]. Senza una sufficiente sicurezza cognitiva la validità delle norme è erosa e viene promessa a vuoto, perché non offre più alcuna forma vivibile di società.

La “salvaguardia cognitiva” della validità della norma si attua attraverso l’“afflizione”, che è lo *scopo* della pena ed il cui *significato* è la “contraddizione” (*Widerspruch*) della negazione, rappresentata dal reato, della validità della norma[66].

Può darsi, inoltre, che, in relazione a determinati tipi di illecito, il volto del sistema penale cambi radicalmente. Un autore di fatti di reato “fisiologici” – secondo la comune esperienza – alla struttura della società[67], è ben pronosticabile che possa essere reintegrato, proprio perché la funzione orientativa del diritto continua a spiegare la sua efficacia, creando, per di più, una aspettativa nell'agente a che lo Stato si sforzi, affinché non si frappongano ostacoli alla reintegrazione. Egli conserva i diritti che gli spettano in quanto cittadino e persona.

Colui che “respinge” coscientemente l'ordine giuridico o addirittura mira a distruggerlo, perde tutti i diritti quale persona e cittadino e, per questo, deve essere “combattuto” dallo Stato con ogni mezzo. Il “terrorista”, che vuole rovesciare il dominante ordine sociale, il delinquente abituale, che ignora tutte le leggi statali o il membro della mafia, che vive solo secondo le regole del suo “clan”, sono “non-persone” e non devono essere trattati come cittadini: sono da combattere quali “nemici”.

Nasce il c.d. “diritto penale del nemico” o, secondo la formulazione originaria, “*Feindstrafrecht*” [68], che, studiato frammentariamente (ad es. limitandosi alla differenza fra cittadino e nemico, o rimproverando la scarsa chiarezza di aspetti secondari, o addirittura proseguendone lo sviluppo), non ha permesso alla critica di raggiungere un livello sufficiente di compattezza. È solo dalla svolta del nuovo millennio, in particolare con gli eventi dell'11 settembre 2001, che l'argomento è tornato in auge, diventando il tema più studiato e discusso degli ultimi cinque anni, non solo in Germania, ove nasce e si sviluppa, ma in tutti i Paesi dove, sotto le più diverse etichettature (“diritto penale dell'emergenza”,

“Derecho penal de las excepciones permanentes”), era sempre stato considerato mera descrizione di un fenomeno in continuo divenire[69].

Jakobs giustifica filosoficamente la necessità di questo “diritto penale del nemico” e rimanda in proposito alla teoria contrattualista di *Thomas Hobbes* ed alla interpretazione che di questa ne dà *Immanuel Kant*[70]. Chiunque, con il suo comportamento, viola l’astratto contratto sociale, abbandona la società libera per andare nel “senza diritto” *stato di natura*. In conseguenza di ciò egli perde allo stesso tempo la sua qualità di “persona”, diventa “nemico” e, come tale, va combattuto[71].

La tesi in parola non è un ‘eccesso’ rispetto alla “teoria sistemica” elaborata da *Jakobs*. Egli sviluppa una dogmatica esclusivamente normativa della imputazione, il cui fondamento riposa appunto su detta teoria[72]. La dogmatica giuridico-penale deve porsi al servizio della conservazione del sistema sociale. La pena ha come unica missione di confermare “controfattualmente” la vigenza della norma violata dal reato, fortificando la fiducia dei cittadini al diritto, quella che, con terminologia nota ed abusata, si chiama «prevenzione generale positiva»[73].

Da qui deduce una serie di conseguenze teoretiche che, a volte, possono coincidere con le soluzioni propugnate dalla dogmatica tradizionale, con un fondamento tuttavia differente.

Nei presupposti sistemici sui quali si basa *Jakobs* non esiste alcun contenuto né orientamento politico-criminale al di fuori dell’“autoconservazione” del sistema, che può essere quello di qualsiasi modello di Stato o sistema politico o sociale. La prospettiva funzionale non è legata ad un modello determinato. Chi sa solamente che una società è organizzata funzionalmente, non sa alcunché sulla sua concreta configurazione[74].

Neanche l’imperativo giuridico di rispettare l’altro come persona è contenuto, in quanto tale, nelle premesse teorico-sistemiche. *Jakobs* dice semplicemente che ciò è conciliabile con una prospettiva funzionalista, benché vi rientrino altre prospettive, come dimostra con l’esempio – fra gli altri – dei tiratori del “Muro di Berlino” nel periodo della Repubblica Democratica Tedesca, i quali devono andare esenti da pena perché hanno agito conformemente ad un sistema politico e giuridico scomparso che, di fatto, permetteva tali eccessi[75].

Il «soggetto» consente solo di disporre la *base cognitiva della validità della norma*. L’aggressione alla pace giuridica si può arrestare solo se si trascura la violazione del «diritto penale del fatto» e della sfera privata e si punisce l’autore per comportamenti futuri. Questo significa definire l’autore come nemico.

Ed ecco che nel diritto penale attuale si registra la tendenza ad anticipare la tutela a casi molto distanti dalla messa in pericolo dei beni giuridici[76], come la punizione dell’apologia, la irrilevanza della distinzione fra complicità ed autorità e fra tentativo e consumazione.

Questo avviene in ambiti quali il terrorismo, la delinquenza organizzata, alcuni delitti di criminalità economica e sessuale, nonché casi di definitivo “allontanamento dal diritto”. Allontanamento che si ha quando chi, già precedentemente condannato per un certo tipo di reato, lo reiteri per la terza volta, in modo da essere punito, per ciò solo, con la pena perpetua, secondo un adagio mutuato dalle regole del Baseball: *Three strikes and you are out*[77].

Jakobs considera questi casi caratteristici di quello che egli chiama: «diritto penale del nemico» (*Feindstrafrecht*), nel quale, oltre la conferma della identità normativa della società, predomina la necessità di “sicurezza” cognitiva ed il “nemico” si definisce semplicemente come “non-persona” (*Feind sind aktuell Unpersonen*)[78].

Trattasi di soggetti “incorreggibili” (*Unverbesserlichen*) contro i quali la società deve difendersi con una sanzione che guarda al futuro e che ha perso anche il connotato general-preventivo – del quale, com’è

noto, *Jakobs* è stato il maggiore e più originale sostenitore[79]– per straripare nella prevenzione speciale o meglio, in un sistema ove la misura di sicurezza ha assunto le funzioni della pena nel confluire verso una indiscriminata “difesa sociale”[80].

Non solo. La “caduta” del sistema penale si registra anche dal lato del diritto processuale, ove le garanzie sono decisamente compresse, limitati i mezzi di prova, parziale segretezza del processo nonché degli stessi giudici, sino al punto di poter parlare di «*Justiz ohne Gesicht*»[81].

Trattasi di un diritto “eccezionale”, accanto al diritto penale comune o, secondo la terminologia jakobsiana, “del cittadino”[82], di un «ordine giuridico-penale in permanente stato d’eccezione», destinato a perdurare al di là dell’eventuale cessazione del pericolo.

In verità gli Stati, dal Nordamerica all’Inghilterra, sino all’Europa continentale, non hanno mai smesso, anche in tempi moderni, di dotarsi di una legislazione eccezionale per difendersi da aggressioni che minassero le fondamenta essenziali (siano essi Stati autoritari o democratici) della loro esistenza e conservazione.

Particolarmente significativo è il classico «diritto penale del nemico» della Germania nazionalsocialista nel periodo dal 1933 al 1945. Ebrei, asociali ed oppositori alle idee del regime furono dichiarati “parassiti del Popolo” (*Volksschädlingen*). Per loro furono introdotte nel codice penale le “misure di sicurezza”, che, nel codice penale italiano del 1930, avevano tutt’altro significato e funzione.

Stesso discorso vale per la Spagna franchista (1939-1975), ove una legislazione penale di carattere bellico-militare si prolungò, con maggiore o minore intensità, sino al settembre del 1975, conclusasi con l’esecuzione di cinque membri di gruppi terroristici condannati a morte da un tribunale militare.

Per non parlare della legislazione penale fascista in Italia, di quella socialista nell’Europa dell’est o delle dittature di varia ‘colorazione’ politica in Sudamerica[83].

Anche stabilito il regime democratico-parlamentare, per rimanere in Italia, non sono mancate legislazioni “speciali”, che hanno introdotto maggior rigore nella repressione dei reati, a cominciare, ad esempio, dalla l. 22 maggio 1975, n. 152 che, fra l’altro, ha esteso l’applicabilità dell’uso legittimo delle armi anche oltre i limiti della «necessità» e della «costrizione»[84].

Senza voler partire dalla legislazione in materia di tutela dell’ordine democratico e della sicurezza pubblica (l. 15 dicembre 1979, n. 625) e per la difesa dell’ordinamento costituzionale (l. 29 maggio 1982, n. 304), intesa anche in una dimensione “premiale” per i dissociati[85], è dall’art. 270 *bis* c.p., riformulato dal d.l. 18 ottobre 2001, convertito, con modificazioni nella l. 15 dicembre 2001, n. 438 che punisce «*chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico*»[86], che si avverte la ‘risonanza’ della lotta internazionale contro soggetti od associazioni estremamente pericolose[87].

Le leggi: 14 febbraio 2003, n. 34 in materia di terrorismo internazionale, 11 agosto 2003, n. 228, a proposito dei delitti contro la personalità individuale[88], il d.l. 27 luglio 2005, convertito con modificazioni nella l. 31 luglio 2005, n. 155, che ha introdotto gli artt. 270 *quater* (Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale), 270 *quinquies* (Addestramento ad attività di terrorismo anche internazionale) e 279 *sexies* (Condotte con finalità di terrorismo), rappresentano il cammino inesorabile verso una nuova frontiera del diritto penale: inasprimento delle sanzioni, maggiore spazio all’intervento punitivo attraverso l’incriminazione di condotte semplicemente preparatorie, nuove disposizioni nel codice penale sul bilanciamento delle circostanze del reato[89], previsione di pesanti sanzioni accessorie, proroga della durata delle indagini preliminari, maggiore facilità di disporre intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni nonché di attività sotto copertura, applicabilità della legge penale nazionale anche all’estero[90].

Stesso fenomeno si è verificato in Spagna con la riforma del 2003. Pene sproporzionate per il traffico di droga (artt. 368, 369 e 370 c.p.), per il terrorismo (art. 571 ss. c.p.) o l'immigrazione clandestina (art. 318 *bis*). Minore fruibilità della riduzione della pena per la concessione della libertà condizionata e prolungamento della reclusione sino a quaranta anni nel massimo. Arretramento vistoso della punibilità con il proliferare dei delitti di «apologia» (ad es. art. 607.2 «apologia di genocidio») e di istigazione al terrorismo attraverso la sua esaltazione o giustificazione (art. 578 c.p.)^[91].

A partire dall'attentato dell'11 settembre 2001 al *World Trade Center* di New York, il fenomeno della sicurezza internazionale è letteralmente “esploso” assieme al traffico di stupefacenti, alla tratta di persone, al “turismo sessuale” coinvolgente minori d'età, alla “pedo-pornografia” e, *last but not least*, alla criminalità organizzata.

In Francia la legge del 31 ottobre 2001, n. 718 sulla sicurezza, non solo ha incrementato il potere di intromissione degli organi di polizia nella sfera della libertà personale dei cittadini senza controllo giudiziario, ma ha esteso la competenza statale al controllo delle comunicazioni fra *presunti* terroristi.

Negli Stati Uniti d'America il *Patriotic Act* dell'ottobre 2001 consente all'FBI, senza l'avallo giudiziario, di arrestare e detenere cittadini, avere dalle imprese dati privati dei suoi clienti e dipendenti. In Inghilterra è presente un tipo di detenzione governativa a tempo indeterminato per stranieri sospettati di terrorismo.

Gli esempi legislativi riportati possono essere senza troppe difficoltà riuniti sotto la comune denominazione di “*diritto penale del nemico*”. Un conto è accettare tale definizione sotto il profilo descrittivo; altro discorso è, invece, giustificarlo e legittimarlo, sino a ritenerlo indispensabile complemento del “diritto penale del cittadino”^[92].

La legislazione penale spagnola citata è stata oggetto di numerosi procedimenti costituzionali (*recurso de amparo*), che hanno annullato un consistente numero di decisioni applicative di quelle leggi per violazione dei diritti minimi che la Costituzione appresta ai cittadini. Anche in Germania il *Bundesverfassungsgericht* ha avuto modo di espungere dall'ordinamento forme di eccessiva intromissione nella vita privata, quali quelle compiute con microspie (*grosse Lauschangriffe*) ritenute in contrasto con il principio di legalità e di proporzione^[93].

Il 16 dicembre del 2004 la *Camera dei Lords* inglese ha censurato la legge antiterrorismo patrocinata dal Governo Blair sulla detenzione senza limiti di tempo, i cui presupposti applicativi si basavano su semplici sospetti di reato. Particolarmente inquietanti sono le parole di Lord Hoffmann: «*La vera minaccia per la vita di questa nazione, intesa come un popolo che vive in accordo con le sue tradizioni e suoi valori politici, non viene dal terrorismo, bensì da leggi come queste*»^[94].

Due casi emblematici ci sembra di dover ulteriormente citare, come genuina espressione del “diritto penale del nemico”.

In Colombia dal 1990, in conseguenza dell'assassinio di più di 100 impiegati dell'amministrazione della giustizia per mano dei c.d. “terroristi della droga”, è in vigore un “diritto penale d'emergenza”, che, secondo l'interpretazione più accreditata, rappresenta l'ideale tipo di un «efficiente politico diritto penale del nemico»^[95].

Sotto il titolo di “Statuto sulla difesa della giustizia” si sviluppa in Colombia un secondo binario della tutela penale, parallelo all'esistente diritto penale, che, sul piano del diritto penale processuale e sostanziale si allontana, nei punti centrali, dai normali cittadini.

Le persone sospettate di appartenere a qualche associazione criminale o di aver commesso taluno dei reati per i quali sono previste tali misure eccezionali, sono imprigionate per lungo tempo (anni), in

regime di carcerazione preventiva, senza che sia formalizzata qualche accusa e senza consulenza legale, per essere poi giudicate in segreto nel successivo processo, al quale intervengono testimoni anonimi. Le indagini sono condotte da una unità speciale dell'esercito, solo formalmente operante sotto la guida del Pubblico Ministero. Una consistente percentuale dei reati è perseguita con i mezzi di questo diritto penale del nemico[96].

Il caso più sconcertante, perché coinvolge un Paese tradizionalmente definito a “democrazia avanzata”, riguarda alcuni detenuti presso la base militare di Guantánamo a Cuba, dodici kuwaitiani e due australiani, catturati durante la guerra in Afghanistan, alcuni dei quali *sospettati* di aver preso parte all'attentato dell'11 settembre 2001.

Secondo la *dissenting opinion* di taluno dei Giudici della Corte suprema degli Stati Uniti d'America, colui che non è cittadino nordamericano, per nascita o per averla successivamente conseguita, non può proporre ricorso di *habeas corpus*, tirando in campo la giurisdizione federale per un giusto processo.

Non è quindi una semplice provocazione equiparare Guantánamo ai campi di prigionia nazisti. I detenuti della base militare non sono prigionieri di guerra, o meglio, com'è stato rilevato, non hanno una esistenza legale, uno status riconosciuto dal diritto, così come gli ebrei, dapprima privati della cittadinanza, non erano più considerati soggetti di diritto[97].

Con decisione del 28 giugno 2004 la Corte Suprema ha sancito, di contro, che non v'è alcuna ragione per negare il diritto a chiunque, cittadino o straniero, si trovi detenuto in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo in territorio nordamericano, di ricorrere all'*habeas corpus*[98].

6. La «soggettività penale» ed il “contenuto minimo” della «personalità».

Dalla discussione attuale sulla soggettività in diritto penale emerge, fra l'altro, la possibilità che varie categorie di soggetti possano entrare nella dinamica della norma penale.

Spunti in tal senso derivano dalle teorie funzionaliste, nelle sfaccettature che abbiamo prima esaminato, le quali hanno però portato allo sviamento della caratteristica più importante dell'illecito penale: la «personalità».

Personalità che può essere intesa, nel quadro di questo lavoro, in due sensi fondamentali: “responsabilità” per fatto esclusivamente proprio (*personale* appunto), e “personalità” come insieme di quei diritti fondamentali che appartengono in quanto tali solo alla persona umana[99].

Il funzionalismo jakobsiano considera la “persona” equivalente a «soggetto di diritto», centro di imputazione all'interno di un sistema dato. È gioco-forza ritenere «soggetti» persone fisiche e persone giuridiche, così come non sono più persone coloro i quali dal sistema vengono allontanati e che, in quanto nemici, devono essere combattuti[100].

Non è poi un caso che l'eccessivo normativismo, seguendo il quale è sin troppo facile costruire e demolire concetti giuridici a piacimento, a seconda cioè di esigenze contingenti, dia vita a delle ‘contropinte’ in sede filosofica, proprio dove si cerca una giustificazione al diritto penale del nemico.

L’“antigiuridismo” non è che il punto d'arrivo di una “controriforma”, tesa a fissare i contenuti minimi del diritto penale e della persona umana, e non v'è da meravigliarsi se, a tal proposito, i sistemi post-socialisti – per fare un esempio a noi geograficamente più vicino – si presentano più ‘avanzati’

rispetto a quelli europei. Lì i diritti umani sono stati materialmente compressi sino a diventare lo standard in nome del quale quei regimi sono caduti ed in virtù del quale si guarda ad una equilibrata codificazione ed all'adesione all'Unione Europea[101].

Il tentativo di 'giustificare' filosoficamente il "diritto penale del nemico" evidenzia vieppiù il punto debole della teoria. Essa si basa su di una pre-comprensione della realtà, su di una visione del diritto penale completamente sganciato dal dato positivo e dal minimo etico.

La persona non può che essere oggetto di una considerazione unitaria, portatrice, in quanto tale, di diritti "naturali" che le appartengono.

Non esiste un diritto penale del "reo" ed un diritto penale del "cittadino". Il primo è sempre cittadino ed il secondo *può* diventare reo, senza che le garanzie per l'uno o per l'altro possano essere differenti: *il diritto penale è l'esaltazione di queste garanzie*.

La difesa spasmodica della società verso l'esterno non può far passare in secondo piano la necessaria difesa *interna* dei cittadini e di coloro ai quali la legge penale nazionale si applica dal potere punitivo[102].

Concepire l'uomo scindibile in due parti, irriducibilmente contrapposte, di cui una deve essere trattata come persona e l'altra, siccome fuoruscita nello "stato di natura", in guisa di un oggetto, significa trasformarlo manicheisticamente in una entità contro la quale ci si può difendere con qualsiasi mezzo. E gli esempi fatti sono significativi.

Il giurista "laico", che non muova da pregiudizi culturali ed ideologici, ben può fare a meno di premesse giustificazioniste. Con ciò non vogliamo proclamare l'"agnosticismo" della scienza penale nei confronti delle discipline filosofiche, sociologiche ed altre non meno importanti[103].

Vi è però un limite invalicabile costituito dall'esegesi giuridica per lo sviluppo della quale è solo il "metodo tecnico" a dover guidare l'interprete nella elaborazione e sistemazione degli istituti giuridici, nonché delle "regole" e – risalendo da queste – dei "concetti".

Dove è chiaro che non sarebbe possibile comprendere il discorso sulla pena, se non si tenessero in esatto conto le basi filosofiche, che hanno dato origine al divisionismo fra «retribuzione» e «prevenzione», deve essere altrettanto chiaro che, ciò che all'interprete interessa, è la configurazione della pena che un dato sistema offre.

Abbiamo prima notato che con la creazione del "diritto penale del nemico" *Jakobs* si sia allontanato dalla originaria concezione "general-preventiva" della pena, per approdare allo "special-prevenzionismo", giustificato dall'essere le sanzioni contro il "nemico" delle "misure di sicurezza" più adatte a combattere il fenomeno.

Senza dubbio l'introduzione delle misure di sicurezza nel codice penale tedesco ha avuto origine proprio per la repressione dei comportamenti contrari al *Volksgemeinschaft*, ma non è questa la ragione che sta alla base del sistema dualistico italiano.

Né si può dire che le misure di sicurezza in Italia siano state applicate per reprimere gravi fatti di criminalità. La sanzione centrale resta sempre la pena assieme alla quale la misura di sicurezza concorre nella difesa della società.

E la difesa sociale, così com'è intesa in Italia[104], non è un uso scriteriato e cieco delle sanzioni penali. Tutt'altro. Lo studio delle misure di sicurezza è stato condotto prendendo come punto di riferimento non solo il dualismo: retribuzionismo-prevenzione generale, facente capo alla pena, e

prevenzione speciale propria della misura di sicurezza. Sfondo problematico è asservire la disciplina delle misure di sicurezza, laconicamente richiamate dal comma 3 dell'art. 25 della Costituzione Repubblicana, alle garanzie che questa appresta al cittadino-persona[105].

La finalità di “prevenzione speciale” non può essere trasferita dalla misura di sicurezza alla pena, senza con ciò stravolgere il sistema positivo ordinario e costituzionale. Sul piano delle garanzie, dicevamo, le misure di sicurezza non sono strumenti atti a mascherare provvedimenti che – come vorrebbe il diritto penale del nemico – vanno al di là delle garanzie che la Costituzione appresta a tutela della personalità dell'individuo.

La difesa sociale si attua con gli unici strumenti della legalità di cui un Paese democratico dispone. Non sarebbe pensabile il meccanismo «tre volte e poi sei fuori», che consente, in caso di reiterazione del reato, la sottoposizione ad una pena a tempo indeterminato. Neanche le misure di sicurezza si potrebbero prestare ad una simile “truffa delle etichette” perché, oltre alla scomparsa dei casi di pericolosità presunta, il profilo delineato dal codice del 1930, anche contrariamente alla idea che i compilatori di questo avevano, è concepito per difendere la società da delinquenti pericolosi, che non sono in grado di recepire il biasimo che la collettività rivolge loro per la commissione di un reato, risocializzandoli, senza allontanarli dalla società.

Proprio su di un piano “ontologico” non ci sembra possibile rinunciare al binomio pene-misure di sicurezza, perché le funzioni, cui entrambe adempiono, sono diverse e nessuna è idonea, allo stato attuale, a sanzionare il “tipo d'autore”, come invece vorrebbero i sostenitori del “diritto penale del nemico»[106].

7. Il superamento della concezione del reato come offesa ad un bene giuridico. Involuzione del diritto penale post-moderno.

Un cenno particolare, per le considerazioni cui può dar luogo, merita la questione relativa al «bene giuridico», dalle teorie sistemiche, come già accennato, posto in secondo piano rispetto al nuovo compito del diritto penale: la protezione della validità della norma[107].

Con perfetta simmetria rispetto a quanto sostenuto sulla soggettività, comprensiva delle persone fisiche e delle persone giuridiche, i rapporti fra bene giuridico e norma vengono sintetizzati nel modo seguente. L'affermazione per la quale il diritto penale persegue la protezione di beni giuridici, può essere riformulata intendendo il diritto penale come garante delle aspettative a che non si producano attacchi ai beni.

Non si tratta di un mero travestimento verbale. Poniamo l'esempio di un bene, la proprietà, che non deve essere leso. Il titolare può permetterne la distruzione ed i consociati non sono certo obbligati ad aiutare il titolare a salvarlo da eventuali situazioni di pericolo. Si pretende unicamente che non abbia luogo la sottrazione o la distruzione del bene nel senso proibito della legge.

Pertanto, dal punto di vista del diritto penale, il bene appare esclusivamente come pretensione del titolare a che questo sia rispettato. Avviene, quindi, che il bene non deve rappresentarsi come oggetto fisico o qualcosa di simile, bensì come norma, come aspettative garantite. Come potrebbe, infatti, concepirsi il diritto quale struttura di relazione fra persone, cioè il diritto come spirito normativo, in un oggetto fisico?

Le conseguenze di carattere sistematico ed interpretativo che ne derivano, possono essere così

riassunte.

Innanzitutto il diritto penale non tutela più soltanto un bene giuridico da possibili aggressioni, bensì la validità della norma. In secondo luogo, la lesione di un bene non è più sufficiente a giustificare l'intervento penalistico, dovendosi aggiungere la violazione di un "ruolo"[108].

A parte la imprecisione terminologica – foriera di incertezze – di utilizzare le locuzioni «diritto penale» e «norma penale» per indicare concetti distinti, dato che la norma è la sintesi di tutte le disposizioni che concorrono a disciplinare una determinata situazione di vita: *la norma è legge*, la concezione del diritto penale come sistema di protezione di beni giuridici, nel senso inteso da *Jakobs* e dalla dottrina tradizionale, non può essere accolta.

Lesionare un bene giuridico e violare il proprio ruolo sono componenti interdipendenti nella presente costruzione teorica.

Si pensi al caso di un poliziotto che dà una bastonata ad un cittadino cagionandogli lesioni. L'aggressione al bene giuridico della salute non è sufficiente in questo caso a dare compiuta contezza del fenomeno; è necessario altresì tener presenti i ruoli che le persone intervenienti nel processo di comunicazione ricoprono.

Da queste premesse, senza dubbio esatte se riferite a soggetti investiti di particolari qualifiche giuridiche soggettive (reati propri), non emerge con chiarezza a quali conseguenze debba andare incontro colui che abbia lesionato il bene ma non infranto il contenuto degli obblighi derivanti dal ruolo o viceversa.

Come detto, una prima intuizione è racchiusa nell'affermazione che, a taluni soggetti, fanno capo doveri, a contenuto positivo, di non tradire la "fiducia speciale" che ne deriva, come quella che esiste, ad esempio, quando si assume l'amministrazione di un patrimonio altrui[109].

Intuizione ancor grezza e che contiene un pericoloso motivo di equivoco. Allorché si parla di violazioni di doveri inerenti ad una particolare posizione, si limita il discorso ai soli reati c.d. a "soggettività ristretta" e si offre una visione soltanto parziale del fenomeno criminale. Val la pena, a questo punto, di meditare che vi possono essere situazioni nelle quali il soggetto qualificato, pur commettendo un reato, non perciò viola l'interesse sotteso alla norma penale incriminatrice. Ciò accade qualora, ad esempio, il pubblico ufficiale che, ricevendo o formando un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente alcunché per costringimento fisico o per errore determinato dall'altrui inganno.

Se nei confronti del pubblico ufficiale il ragionamento proposto da *Jakobs* può essere sostenibile, in quanto egli non viola il dovere di fedeltà nei confronti della P.A, non si spiegherebbe perché il privato, che abbia tratto in inganno il soggetto qualificato, debba rispondere del reato anche se non ha violato alcun ruolo.

Sul piano ideologico, inoltre, le linee di pensiero esposte presentano un rispetto addirittura feticistico per la teoria del bene giuridico, talché, rimanendo all'esempio sopra fatto del poliziotto che bastona il cittadino, la lesione personale (evento naturalistico) è identificata con il bene giuridico della salute della vittima, quasi che questo debba sempre e comunque rinvenirsi.

Sono ben noti i casi di non coincidenza fra l'evento naturalistico e l'offesa all'interesse tutelato dalla norma penale. Si pensi alla fraudolenta distruzione della cosa propria e mutilazione fraudolenta della propria persona (art. 642 primo e secondo comma c.p.), all'automutilazione per sottrarsi al servizio militare (art. 157 c.p.m.p.), oppure, più modernamente, ad una condotta di favoritismo del pubblico ufficiale, produttiva di un vantaggio formalmente indebito, argomentando *ex art. 323 c.p.*, ma

favorevole al privato. In questi casi il legislatore prescinde totalmente da tale accadimento ai fini dell'individuazione dell'interesse protetto consistente, a seconda dei casi, nella tutela del patrimonio altrui e nell'interesse dello Stato a determinate prestazioni da parte dei cittadini, ovvero di evitare la perpetrazione di atti illegittimi o di meri comportamenti trasgressivi di disposizioni normative[110].

A parte il rilievo che, seguendo la tesi in parola, si incorrerebbe nell'errore logico di confondere per oggetto della tutela (*id est* del reato), quello che è semplicemente il motivo dell'incriminazione, deve tenersi presente che l'importanza del bene giuridico è sostanzialmente relativa, nel senso di possedere rilevanza ai fini di inquadramento sistematico di gruppi di fattispecie[111].

È sufficiente constatare che momenti estranei al reato svolgono un ruolo decisivo nel determinarne la gravità, e che, di conseguenza, esistono più norme che tutelano lo stesso interesse e singole norme che tutelano più interessi, per procedere con estrema cautela sia a ravvisare in ogni reato la violazione di un bene giuridico, sia a sostenere che questo ed il concetto di "interesse" coincidono.

Il bene giuridico è il riflesso oggettivo dell'interesse che il cittadino o lo Stato tendono a conservare e si identifica, in sostanza, con la struttura della fattispecie la quale descrive nel modo più compiuto gli interessi ad essa sottesi.

Ma a questo punto è evidente che, il "dirottamento" delle categorie dogmatiche verso lo "scopo" del diritto penale di confermare la validità della norma, rappresenta la semplice presa d'atto che, per lo sviluppo della società, è necessario che l'ordinamento svolga una funzione propulsiva. Il che vuol dire che le norme che presentano una finalità di tale specie non tutelano alcun bene giuridico[112].

Le tendenze marcatamente normativiste finiscono, per un eccesso di semplicismo, per annullare ogni distinzione fra oggettivo e soggettivo nella teoria dell'illecito penale, rendendo estremamente difficoltoso all'interprete ricostruirne l'essenziale fisionomia.

Ciò che il giurista deve in ultima analisi chiedersi, non è in forza di che cosa un dato fatto sia elevato a reato, alla cui domanda non si può rispondere che richiamandosi a quelle esigenze politiche, a quelle valutazioni soggettive di chi detiene il potere normativo e che lasciano il tempo che trovano. Più interessante è chiedersi, in un momento successivo, qual è lo specifico criterio seguito dal legislatore nella costruzione di una figura criminosa.

La risposta data da *Jakobs* è significativamente espressiva dello stadio attuale della scienza penale. La moderna teoria del «comportamento non permesso», come parte della c.d. «imputazione obiettiva», ha mostrato che non esistono divieti generici di lesione, come non vi sono obblighi generici di protezione, bensì, al contrario, che tali norme gravano sempre su persone "competenti", essendo competente colui il cui "ruolo" contempla il dovere di "non lesionare" (o di proteggere).

Chi pone in essere una condotta entro una zona di "rischio consentito", permane entro il suo ruolo di cittadino fedele al diritto: non è "competente" per una eventuale lesione. Ciò consente di edificare l'ordinamento sulla «autoresponsabilità», su di un ordine funzionalizzato in base ai ruoli, alle relazioni fra persone, a precise aspettative normative; norme cioè che non contemplano beni di persone determinate[113].

Emerge, al termine di questa breve digressione, la differenza fra la concezione roxiniana della imputazione oggettiva, la quale, nella sua ultima formulazione, ha accostato al criterio naturalistico dell'aumento-diminuzione del rischio quello normativo della «sfera di protezione della norma», e la concezione jakobsiana, la quale sostituisce al criterio suindicato quello squisitamente normativo della violazione della norma da parte di un soggetto competente[114].

Ora, ferme restando le critiche – note – mosse alle due concezioni[115], è evidente il completo

distacco sia dalla causalità materiale (ove, naturalmente, essa debba essere accertata) sia dall'elemento soggettivo, riducendo il dolo e la colpa, nonché l'imputazione oggettiva, a forme di «evitabilità»[116].

Ove, però, si ritenga che la locuzione «rischio socialmente consentito» rinvii alla possibilità di prevedere e di prevenire un determinato risultato e che gli elementi oggettivi che mostrano il superamento di tale rischio altro non sono che la trasfigurazione della “negligenza”, “imprudenza” ed “imperizia”[117], vale a dire *momenti oggettivi di imputazione soggettiva*, le teorie in parola, qualunque sia il “modello” che si accetta, sono semplicemente delle superfetazioni dogmatiche.

Sul versante del dolo possono essere mossi rilievi analoghi. Se è pur vero che vi sono delle ipotesi di reati colposi, non soltanto di omissione, ma anche di azione, nei quali nessun elemento psicologico è dato ravvisare[118], in tutti i reati dolosi ed in parte dei reati colposi la “volontà dell'azione” si svolge, però, su un piano di effettiva psicologia.

Ragionando nel modo sopra riassunto, dovremmo ritenere in dolo il soggetto semplicemente per la “coscienza” del proprio ruolo e non per aver voluto la propria azione ed essersi rappresentato (ove richieste dalla fattispecie legale) tutte le note che l'accompagnano assieme all'offesa contenuto di reato. Ma se di violazione del ruolo può parlarsi solo allorché il soggetto attivo del reato riveste una determinata qualifica soggettiva, lo stesso non vale nei confronti di tutti coloro che di tale qualifica sono sprovvisti.

È noto che il problema dell'imputazione di una “situazione finale” ad un soggetto, è problema di ordine tipicamente normativo, sia in rapporto al termine oggettivo (ciò che si attribuisce), sia in relazione ai requisiti cosiddetti soggettivi che esso deve presentare (le condizioni per attribuire alcunché). E a questo punto vorremo essere davvero chiari. Imputazione normativa, in senso obiettivo e subiettivo, significa che al soggetto agente non potranno essere imputati se non gli elementi della fattispecie legale e purché questi siano stati oggetto (a seconda dei casi: dolo o colpa) di volizione e rappresentazione o solo di rappresentabilità.

Non si può dire che, nell'ambito concettuale che si esamina, la «violazione del ruolo» sia un criterio di imputazione assimilabile a quello da noi proposto, perché pretende di fare a meno dei coefficienti psicologici minimi richiesti dalla legge, riducendo il fenomeno complesso dell'imputazione alla violazione della norma da parte di un soggetto aprioristicamente gravato da un ruolo che, nella maggior parte dei casi, non fa parte dell'elemento legale, ma ritenuto presupposto ideologico della violazione di un dovere[119].

L'approccio metodologico che qui si critica pretende, inoltre, di edificare la struttura del reato sulla comunicazione, aspetto senz'altro necessario per la esatta comprensione del concetto di azione penale, ma focalizzato riduttivamente sulla violazione del ruolo. Si finisce per riproporre, nella sostanza, una descrizione dell'azione umana non dissimile dall'ottocentesco modello fiscalista che, nelle ricerche più recenti e raffinate, è stato oggetto di critiche definitive, per l'incapacità che questo ha – fra l'altro – di esprimere il substrato umano dell'illecito penale[120].

Gli ultimi “stadi” del “funzionalismo” non offrono alcuno strumento interpretativo utile per tentare di risolvere taluni problemi capitali del diritto penale, anzi, riposano su immagini di scienza fortemente datate e su continui *repechages* di dibattiti dottrinari da tempo superati. Ne deriva una “involuzione” del diritto penale in senso illiberale, che misconosce il ruolo che il bene giuridico ha avuto – con tutte le riserve che abbiamo espresso nei confronti dell'utilizzo acritico di tale concetto – per superare le vecchie teorie che vedevano il reato come violazione di un «diritto soggettivo pubblico», favorendo, inoltre, una moltitudine di criteri di imputazione a discapito della certezza delle relazioni giuridiche.

8. Conclusioni

Allo stato attuale dello sviluppo legislativo, si assiste ad un aumento delle istanze di politica criminale che hanno fortemente esteso l'ambito del diritto penale, simbolo – a detta di molti – del cambiamento politico europeo^[121].

Anche sotto questo aspetto la figura del soggetto appare “schiacciata” dall'introduzione di una messe di incriminazioni che vanno al di là delle singole ipotesi criminose, per delineare una particolare figura di autore i cui comportamenti sono significativi di un “attentato” alle basi dello Stato, senza poter essere riconducibili ai reati contro di esso.

L'adagio sportivo «*tre volte e sei fuori*» entra a far parte della legislazione penale italiana portando alla ribalta la figura del «recidivo», di un tipo d'autore che ricorre ovunque la legge penale, pur senza descrivere specificamente le note tipologiche della personalità, differenzia le conseguenze giuridiche del fatto-reato, assegnando così un «valore categoriale» alla personalità stessa nel quadro del sistema^[122].

La legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. “ex-Cirielli”) ha introdotto un trattamento diversificato per i recidivi, per quanto riguarda, ad esempio, il bilanciamento delle circostanze (art. 69, comma quarto), ove vi è divieto di prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti, in particolare sull'aggravante della «recidiva reiterata». Sempre rimanendo nell'ambito dell'art. 99 c.p., se si tratta di uno dei delitti indicati all'art. 407, comma 2, lettera *a*) del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è *obbligatorio* e, qualora ricorrano congiuntamente due o più circostanze indicate nel secondo comma dell'art. 99 c.p. («recidiva aggravata»), l'aumento non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto.

Anche in materia di concorso formale e di reato continuato compare nuovamente la figura del recidivo, per il quale, ai sensi nel nuovo quarto comma dell'art. 81 c.p., se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali è stata applicata la recidiva reiterata, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave. Il nuovo secondo comma dell'art. 161 c.p. dispone che in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più della metà della pena nei casi di cui all'art. 99, secondo comma, e di due terzi nel caso di cui all'art. 99, quarto comma, e del doppio nel caso di cui agli articoli 102, 103 e 105 c.p.

Importanti anche le modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, per quanto riguarda la concessione dei permessi premio ai recidivi (art. 30 *quater*), la detenzione domiciliare (art. 47 *ter* comma 1 e comma 1 *bis*) e la concessione della semilibertà (art. 50 *bis*); al T.U. sugli stupefacenti di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 per quanto riguarda la concessione dei benefici ai recidivi (art. 94 *bis*); infine all'art. 656 c.p.p., il cui novellato comma 9, prevede che la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non possa essere disposta nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, del codice penale.

Non è questa la sede per formulare considerazioni in merito alla riforma. È agevole scorgere il frequente richiamo alla «recidiva reiterata» che si configura in capo a chi pone in essere, per la terza volta, un delitto non colposo, e che assume un vero e proprio *status* al quale sono ricollegate importanti conseguenze sanzionatorie.

Non solo aumenti di pena riguardanti le cornici edittali e limitazioni all'esercizio del potere discrezionale da parte del giudice (bilanciamento delle circostanze e continuazione di reati), ma anche preclusioni verso i benefici previsti dall'ordinamento penitenziario, i quali, senza essere globalmente razionalizzati, sono esclusi o fortemente limitati nei confronti di una ben determinata categoria di

soggetti.

La figura del «delinquente terziario» delineato dalla riforma[123], che va così ad aggiungersi a quelle del delinquente abituale, professionale e per tendenza, disattende a distanza di trent'anni gli auspici della “mini riforma penale” del 1974 la quale – è noto – aveva abolito ogni forma di recidiva obbligatoria e, di conseguenza, ogni presunzione di inclinazione al delitto. Avvicina il “tipo criminologico di autore”, così come assunto dal Codice Rocco, al “tipo criminologico di autore” dei positivisti preso in considerazione a fini preventivi.

Solo che, a differenza delle altre «forme speciali di pericolosità»[124], le quali contemplanò (qualora si accerti che il reo è persona socialmente pericolosa) la misura rieducativa della colonia agricola o della casa di lavoro, la “nuova” recidiva opera su due fronti: in senso “repressivo”, attraverso consistenti aumenti di pena, taluni dei quali obbligatori; in senso “preventivo”, precludendo al detenuto di riacquistare anticipatamente la libertà o di riacquistarla decorso un tempo maggiore rispetto agli altri, allontanandolo, quindi, il più possibile, se non definitivamente, dalla società.

Si cerca da più parti di ridurre la portata del “diritto penale del nemico”, considerandolo una mera, ma importante, presa d'atto dello stato attuale delle cose.

Un canto è offrire una descrizione della realtà; altro, e più drammatico, è legittimarla[125].

È necessario però precisare un punto. La legislazione in materia di terrorismo, tratta di persone, crimini contro l'umanità ecc. che prevede pene detentive elevatissime non è, per ciò soltanto, illegittima.

Che possa rinvenirsi una sproporzione fra le pene previste per la tratta di esseri umani e quelle per gli atti contro la vita e l'incolumità individuale, è un problema di politica legislativa e criminale, che può essere esaminato sotto il profilo della ragionevolezza. Siffatta politica criminale potrà essere censurata solo se accompagnata da una diminuzione delle garanzie, punto di incontro sinergico fra il diritto penale sostanziale e processuale[126].

Ben altro è sostenere che un soggetto irrecuperabile, perché si allontana dal diritto, e che, di conseguenza, deve essere estromesso dal sistema, possa essere considerato non più come “cittadino” bensì come “nemico” da combattere con ogni mezzo.

Una tale affermazione ha, come visto, importanti ripercussioni sulla sistematica del reato e sulla pena[127].

Inoltre, il soggetto “schiacciato” dalla politica criminale e dal pan-penalismo perde ogni identità. La mancata comprensione, a livello dottrinario prima e legislativo poi, della distinzione fra «soggettività giuridica» e «capacità penale» ha avuto – come cercheremo di evidenziare in un lavoro di prossima pubblicazione – effetti negativi di non poca rilevanza pratica e che le teorie sistemiche, rielaborando le categorie generali del reato, hanno posto “in non cale”.

Secondo queste teorica, in una visione di “economizzazione” della società, tutti coloro che giocano un ruolo, che sono “competenti” all'interno di un sistema, rivestono la qualifica di «soggetti», centri di imputazione di interessi e portatori di diritti e doveri.

La violazione della norma che quest'ordine regola, legittima l'applicazione di una pena per ristabilire gli equilibri “economici” all'interno di un sistema dato, restituendo e rafforzando la fiducia nella norma.

È in questo momento che si registra una notevole espansione del diritto penale[128]. L'aumento esponenziale dell'intervento punitivo è dovuto non solo, secondo una terminologia cara ai sostenitori del c.d. «diritto penale minimo», all'aumento dei precetti che descrivono contegni e prescrivono

sanzioni, ma anche all'ampliamento del novero dei soggetti attivi del reato, allorché i destinatari delle norme penali sono persone fisiche e giuridiche.

Avremo modo di approfondire in uno scritto successivo, che soggetti diversi dalle persone fisiche non sono “penalmente capaci”. A tale soluzione negativa si perviene al termine di una ricostruzione che evidenzia preclusioni già a livello di teoria generale delle norme e, successivamente, nella corretta configurazione del rapporto di imputazione, ove il divieto, sancito dall'art. 27, primo comma, della Costituzione di scindere fra il «soggetto dell'illecito» ed il «soggetto delle conseguenze giuridiche», concorre alla definizione della fattispecie penalmente rilevante, nella quale rientrano, giocoforza, anche i soggetti.

Possiamo sostenere che la locuzione: «soggetti giuridicamente capaci» non equivale a «soggetti penalmente capaci» e che l'origine dell'equivoco sta – nell'ambito del tentativo di ricavare una nozione che sintetizzi i concetti di capacità giuridica e capacità di agire valida per il diritto penale – nello sforzo di rinvenire una unità dialogica fra il diritto civile, che tali nozioni descrive, e il diritto penale[129].

Avrebbe dato luogo a minori difficoltà l'utilizzo della locuzione «soggettività penale»; ma l'uso di un termine piuttosto che un altro, per semplificare la comprensione di un concetto, servendosi del lessico già da tempo in uso nel linguaggio legislativo e dottorale, non può portare gli interpreti a sovrapporre e confondere la «capacità penale» con la «capacità giuridica», le quali alludono a fenomeni assai distinti.

Esattamente individuato il “termine” di imputazione dell'illecito penale nella sola persona fisica, sarebbe ancora dato constatarne la riduzione ad oggettività – oltre al caso, già esaminato, in cui fosse posta sullo stesso piano della persona giuridica, che «soggetto» per il diritto penale non è – qualora la si dichiarasse “nemico” di un determinato “ordine giuridico”.

Gli effetti perversi del *Feindstrafrecht* – discorso che vale per coloro che lo legittimano e lo auspicano – consistono, come crediamo di aver dimostrato, in un totale disconoscimento della persona umana, portatrice di contenuti giuridici minimi che ne costituiscono l'*in sé*, senza i quali non sarebbe possibile attribuirle la nota della “umanità”.

L'esperienza del secolo passato, oltre a non necessitare di alcun commento, è l'esempio estremo di come si possa giungere allo sterminio di Popoli negandone la qualifica di esseri umani, perché messi fuori dalla comunità, in quanto “parassiti”, in quanto “nemici”.

La politica criminale – non l'uso politico del diritto – deve assumere una limitazione al potere punitivo dello Stato, il cui costante punto di riferimento è la Costituzione di uno Stato sociale di diritto[130], in modo che la vita naturale non venga fagocitata dal potere statuale e la politica non si trasformi in “bio-politica”, concetto il cui senso non potrebbe meglio essere spiegato se non con le parole di colui che tali problemi ha intuito assai bene: Giorgio Agamben: «*La domanda corretta rispetto agli orrori commessi nei campi (di concentramento) non è, pertanto, quella che chiede ipocritamente come sia stato possibile commettere delitti tanto atroci rispetto a degli esseri umani; più onesto e soprattutto più utile sarebbe indagare attentamente attraverso quali procedure giuridiche e quali dispositivi politici degli esseri umani abbiano potuto essere così integralmente privati dei loro diritti e delle loro prerogative, fino a che commettere nei loro confronti qualsiasi atto non apparisse più come un delitto*»[131].

I termini del moderno discorso giuridico portano a conclusioni non dissimili da quelle ora citate. Lo sfondo problematico è quello della «prevenzione», solo che – come detto – la criminalizzazione non è più vista nella prospettiva del bene giuridico, bensì in quella della norma[132]. Il «diritto penale del nemico» è, in definitiva, il punto d'arrivo di una (senza dubbio) raffinata teoria della norma penale, con la conseguenza, già esaminata, che il bene giuridico da elemento selettivo ed esegetico, diventa un criterio di politica criminale, nel senso però inverso da quello tradizionale e garantista: il “tipo d'autore” è definito in base alle modalità di aggressione nei confronti dell'interesse protetto.

Dato che il bene è da considerarsi come aspettativa garantita, cioè come norma, il nemico del bene giuridico, colui che lo pone in pericolo, è nemico della norma e, di conseguenza, dell'ordinamento, con tutte le conseguenze che ne derivano, particolarmente nella riviviscenza di un diritto penale dell'atteggiamento interiore e della fuoriuscita del soggetto dall'ordinamento in quanto nemico[133].

Ma l'essere umano non tollera una siffatta riduzione, perché il citato «contenuto minimo» è un valore, «condizione ed orizzonte del dispiegamento dell'essere»[134]. È questo il significato da attribuire ai principi fondamentali della Costituzione repubblicana racchiusi negli artt. 2 e 3, ove il riferimento alla «personalità» altro non significa che, all'interno del rapporto fra cittadino e Stato, non bisogna mai perdere di vista l'«umanità» del soggetto, la quale si pone al di là dell'ordinamento in posizione di autonomia e di irriducibilità[135].

I «diritti inviolabili» dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., esplicitati dagli artt. 13 e ss., 24, 25 e 27 Cost., sono le esigenze essenziali ed insopprimibili della «personalità», cui si ricollegano, e che ne esaltano il valore, evitando che possano essere ridotte ad una mera declamazione. Anche l'adesione ai vari Trattati internazionali quali, a titolo esemplificativo, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'implementazione dello Statuto di Roma da parte di vari Paesi, sono segni chiari di espansione dei «contenuti minimi della personalità»[136].

Non bisogna però credere che tali diritti siano considerati tali in quanto riconosciuti. È vero il contrario: *un sistema, un ordinamento è legittimo ed una legge è giusta solo se tali diritti non viola o, oltre certi limiti, non comprime.*

Concludendo su quest'ultimo punto, non sembra consentito parlare di un «diritto penale del cittadino» e di un «diritto penale del nemico», se a tale dualismo corrisponde, com'è necessario ammettere seguendo i suoi fautori, la possibilità di accantonare le garanzie minime apprestate dall'ordinamento, come accade quando si verte in stato di guerra[137].

Anche in quest'ultimo caso, però, oltre certi limiti, non è consentito spingersi. Così è accaduto che le autorità degli Stati Uniti, d'accordo con altri Governi, abbiano trasportato detenuti senza alcuna veste di «prigionieri di guerra» in posti segreti per torturarli, violando la Convenzione che la vieta e le più elementari norme sull'estradizione[138].

Occorre, inoltre, ribadire che, configurare un sistema penale a «due velocità», fa perdere di legittimità al sistema stesso che si riferisce a delle persone, a dei «soggetti», e non, come è giocoforza ritenere, seguendo la tesi jakobsiana, a degli «oggetti».

Se, con tale espressione, si descrive una tendenza attuale della legislazione, allora il discorso cambia e come tale va re-impostato in termini di opportunità e di sensibilità politica di un saggio legislatore obbligato, nell'attività normativa, a non valicare i limiti all'intervento punitivo, limiti che costituiscono il novero delle libertà impresse nelle moderne Costituzioni.

Lo «stato di necessità» o di «emergenza» non può ispirare scelte legislative che, di fatto, si pongono in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento, ove l'incontro fra i diritti «naturali» di cui si fa portatore l'uomo e il potere statale consente di parlare di «diritto penale» e non solo di un generico «rapporto punitivo»[139].

Gli accenni sintetici e schematici fatti riguardo agli articoli 2 e 3 della Costituzione ed alle disposizioni, già richiamate, contenute nel successivo Titolo I, tendono a mostrare, con estrema chiarezza, la portata dell'intervento costituzionale sul sistema penale, esprime altresì una visione integrale del sistema punitivo che va a risolversi nel «nocciolo duro» della Costituzione italiana, quale positivizzazione di «principi giuridici etici» assunti come presupposti[140].

In un tempo in cui le culture sono profondamente divise, ove gli Stati agiscono sotto lo *slogan* della “tolleranza zero” con le note, inevitabili, derive e la “globalizzazione” di ogni settore della vita, che vede la nascita di “moderne” forme di schiavitù, di sfruttamento[141], di mortificazione della dignità umana attraverso l’emarginazione delle masse migratorie verso le zone del mondo ad alto sviluppo economico[142], la sfida più importante del penalista del terzo millennio è – chiudendo con le parole di Ivo Caraccioli – la ricerca non facile di un punto di equilibrio fra legalità sostanziale e funzionalità accertativa dei fatti nella creazione delle fattispecie criminose[143].

(*) *Dedico questo studio a Ivo Caraccioli, Maestro di diritto penale, per il Suo settantesimo compleanno.*

[1] Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, trad. it. Torino, 1960, 198.

[2] Si v. la critica fatta dalla HARZER, *Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft. Zugleich ein Beitrag zur Staats- und Rechtsphilosophie von Hobbes und Kant*, Frankfurt a.M., 1994, *passim*.

[3] CAMPANALE D., *Soggettività senza soggetto*, Bari, 1990, 26.

[4] V., SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en la sociedades postindustriales*, Madrid, 1ª ed. 1999, (trad. it. a c. di V. Militello), Padova, 2004, 9 ss. con ampi riferimenti, cui *adde*: MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt a.M., 1998; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003. In generale, si consulti anche il volume a cura di S. MIR PUIG-M. CORCOY BIDASOLO-V. GÓMEZ MARTÍN, *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004.

[5] Per il passaggio dallo Stato alla “pluralità degli ordinamenti giuridici” v. la penetrante disamina di COTTA S., *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano, 1997, 37.

[6] Tipica espressione del metodo “storicistico” è la scienza penalistica tedesca la quale si muove nel solco dell’adagio di hegeliana memoria secondo cui la storia è il risultato del «*pensiero pensato che pensa se stesso*».

[7] SPENGLER, *Der Untergang des Abendlandes*, trad. it. Milano, 1957, citato da CAMPANALE, *Soggettività senza soggetto*, cit., 18.

[8] V., rispettivamente, HEIDEGGER, *Che cosa significa pensare?*, trad. it. Milano, 1979, 33 ss.; LÉVI-STRAUSS, *Lo sguardo da lontano. Riflessioni sulla libertà*, trad. it. Torino, 1984, 337 ss. Per ulteriori riferimenti, oltre ad Heidegger, al pensiero di Wittgenstein, v. CAMPANALE, *Soggettività senza soggetto*, cit., 13 s. Una stringente analisi del rapporto fra individuo e norma, tenendo conto della rinascita del diritto naturale, è compiuta da SANTAMARIA, *Persona umana e processo penale*, in *Scritti di diritto penale* (a c. di M. La Monica), Milano, 1996, 459 ss.

[9] Tipici esempi sono quelli dell'arte pirandelliana come «Uno, nessuno, centomila» e «Sei personaggi in cerca di autore».

[10] Così, ROMANO Br., *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Roma, 1996, 9.

[11] La produzione di Pier Paolo PASOLINI ci appare, al riguardo, significativa.

[12] ESSER J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M., 1972.

[13] HABERMAS J., *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt a.M., 1985, 345; HRUSCHKA J., *Strafrecht nach logischer analytischer Methode*, 2ª ed., Berlin-New York, 1988.

[14] NEUMANN U., *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (d'ora in poi *ZStW*), 1987, 570 ss.

[15] Così DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 294 e nota 54, il quale, in riferimento agli artt. 94-109 del Progetto di riforma del codice penale ad opera della "Commissione Grosso", allude ad un omaggio alla "Scuola torinese". Tale è anche la posizione assunta a suo tempo dal MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1926, 384 ss., 400 ss. che, riguardo all'«imputabilità» dell'autore di un fatto previsto dalla legge come reato, utilizzò fra i primi la categoria della «capacità di diritto penale». Ma v. i rilievi critici già formulati da CRESPI, voce *Imputabilità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, 765 e note.

[16] È sufficiente la lettura di VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, I, 26ª ed. (a cura di E. Schmidt), Berlin-Leipzig, 1932, 167 – ma l'opinione è la stessa riportata nelle edizioni precedenti – per rendersi conto di un dibattito fortemente datato.

[17] A questa regola fanno eccezione le ipotesi di c.d. "quasi reato", di cui agli artt. 49 cpv. e 115 c.p. dove, già in astratto, la sanzione prevista è la misura di sicurezza della libertà vigilata.

[18] *Contra*, nel senso che il non imputabile commetterebbe un reato monco dell'elemento della colpevolezza, per il quale il legislatore prevederebbe l'applicabilità di una sanzione 'neutra' quale la misura di sicurezza, ROMANO M., in *Commentario sistematico del codice penale* (a c. di Romano M.-Grasso G.), vol. II, 3ª ed., Milano, 2005, 5. Per una replica, nei termini esatti, MARINI, voce *Imputabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, 1992 (rist. 2001), 247 nota 10.

[19] GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, 190 s. Si veda, tuttavia, la ferma presa di posizione in senso contrario espressa dall'ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ª ed. (a c. di L. Conti), Milano, 2003, 150 che riteneva la "capacità penale" una delle manifestazioni più tipiche del formalismo giuridico.

[20] Fra le opere di Marcello GALLO v., per tutte, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, *passim*.

[21] Sul punto, egregiamente, LICCI, *Criteri di imputazione normativa nel codice Rocco*, in *Giur. it.*, 2003, pt. I, 1507 ss.; pt. II, 1744 ss.

[22] Diciamo "esclusivamente" perché è sufficiente porre mente alla simmetria esistente fra gli artt. 85 e seguenti c.p. e l'art. 3 c.p. per scorgere un fondamento normativo anche alla "capacità penale". Senza dilungarci sul punto, chi è naturalisticamente incapace (vizio totale di mente e situazioni a questa affiancate) o normativamente incapace (minore degli anni quattordici) è «soggetto» di diritto penale, destinatario di precetti giuridici e di conseguenze sanzionatorie. Colui che, per espressa disposizione del

diritto pubblico interno o del diritto internazionale, non è «obbligato» dalla legge penale italiana è indifferente se sia imputabile o non imputabile. In entrambi i casi non sarà centro di imputazione di situazioni giuridiche penali, se non in negativo, nel senso che, qualora abbia posto in essere un illecito questo non gli sarà in nessun caso riferibile.

È dato per acquisito in dottrina che le persone fisiche sono in ogni caso «soggetti» di diritto. Nel diritto pubblico (del quale il diritto penale rappresenta un importante ‘ramo’) si verificano tuttavia significativi fenomeni di dissociazione fra la «soggettività giuridica» e la «capacità giuridica», quando l'ordinamento esclude alcuni soggetti da destinatari delle sue norme o prevede questi come destinatari in presenza di determinati presupposti di fatto. Cfr. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 7^a ed., Milano, 1992, 134.

[23] CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Padova, 2005, 125.

[24] STANZIONE, voce *Capacità*, I) *Diritto privato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. V, 1988, 5 ss. part. 22-23.

[25] Celebre, al riguardo, è l'intervento di Aldo MORO nella seduta pomeridiana del 24 marzo 1947, durante i lavori dell'Assemblea Costituente (riportato in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, edizione a cura della Camera dei Deputati – Segreteria generale, Roma, 1970 (rist. 1976), vol. I, 593 s.) allorquando osserva che «il parlare di diritti dell'uomo, sia come singolo e sia nelle formazioni sociali, mette in chiaro che la tutela accordata a queste formazioni è nient'altro che una ulteriore esplicazione, uno svolgimento dei diritti di autonomia, di dignità e di libertà che sono stati riconosciuti e garantiti all'uomo come tale».

[26] Per una ragionata rassegna degli interventi in seno all'Assemblea costituente, con particolare riferimento al pensiero di Dossetti e di La Pira v., POMBENI, *La Costituente. Un problema storico politico*, Bologna, 1995, 109 ss.

[27] La dottrina ammette, generalmente, il ricorso all'interpretazione sistematica delle norme costituzionali. V., per tutti, GALLO M., *La «disapplicazione» per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Studi in onore di E. Crosa*, vol. II, Milano, 1960, 933 s., Id., più di recente, *Interpretazione sistematica e Costituzione*, in *Critica del diritto*, 2003, 16 ss.

[28] Sul punto, ampiamente, OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, rist. 1995, 33 s.

[29] JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Berlin-New York, 1991, 149.

[30] JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2^a ed., Berlin, 1999, 42 ss.; Id., *Strafrecht*, cit., 35 ss.

[31] LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3^a ed., Opladen, 1987; Id., *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, 2^a ed., Wiesbaden, 2005, il quale prende largo spunto dalle elaborazioni di PARSONS, *The social system*, Glencoe/Illinois, 1951.

[32] Merita osservare che in Germania la concezione funzionalista della colpevolezza è stata oggetto di critiche, ad es. da parte di HIRSCH, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, in *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie* (a c. di E.W. Plywaczewski), 1998, 189 s. e, in una prospettiva criminologica, di BOCK, *Ideen und Schimären im Strafrecht*, in *ZStW*, 1991, 649 ss.

[33] Cfr. MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal*, in AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, 393; SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de*

conduca o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas, *ivi*, 571 s. Vedi pure HARDWING, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrecht*, Hamburg, 1957, 173, il quale pone il problema del modo in cui un fatto con rilevanza giuridica è imputabile ad un soggetto con rilevanza giuridica. Più di recente, in un'ampia prospettiva storica, politica e giuridico-filosofica, si consulti l'opera collettanea a cura di M. KAUFMANN e J. RENZIOWSKI, *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt a.M., 2004.

[34] LUHMANN, *Die Form Person*, in *Soziologische Aufklärung* 6, cit., 142 ss.

[35] JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, in *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, 560.

[36] Per lo sviluppo dell'assunto: JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, cit., 561.

[37] JAKOBS, *Strafrecht, allgemeiner Teil*, cit., 6/44.

[38] JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, cit., 560 nt. 7.

[39] JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, cit., 566.

[40] JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, cit., 568.

[41] JAKOBS, *Strafbarkeit juristischer Personen?*, cit., 569.

[42] V., *infra*, § 6.

[43] Sul «principio di colpevolezza» e sulla distinzione fra questo ed il «concetto di colpevolezza»: GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. II, pt. II, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001, 231 ss.

[44] Oltre all'aspetto oggettivo, il primo comma dell'art. 27 Cost. inerisce anche al momento "personalistico" dell'illecito penale: rappresenta, secondo una felice espressione, il «minimo denominatore che permette di distinguere l'azione umana dai processi puramente naturali». Così GALLO M., *Appunti*, cit., *L'elemento psicologico*, cit., 240 ss.

[45] La parabola della con-coscienza è stata tracciata con grande sicurezza da BELFIORE E.R., *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997, 166 ss.

[46] COTTA S., *Per un riesame delle nozioni di Giusnaturalismo e Diritto naturale*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1988, 716, per il quale il giusnaturalismo (occidentale) sorge dalla problematizzazione del senso immediato e particolaristico della naturalità del diritto (*ivi*, 719 ss.).

[47] Cfr. il recente lavoro di GÜNTHER K., *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 2005, *passim*.

[48] In senso contrario il DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 48 ss. ha sostenuto che la "capacità penale" delle "persone senz'anima", quali appunto le persone giuridiche, sarebbe ammissibile partendo dalla «natura della sanzione in rapporto al tipo di colpevolezza». Secondo l'A. – se bene abbiamo inteso – l'attuale sviluppo della discussione intorno alla pena, particolarmente in riferimento alla nozione di natura sostanziale che di questa è stata elaborata a livello europeo, consente di sostenere che, sanzioni "materialmente penali", diverse dalle tradizionali pene criminali privative della libertà personale, possono essere rivolte senza difficoltà a soggetti diversi dalle persone fisiche, in virtù della diversificazione dell'apparato sanzionatorio di cui dispone il sistema punitivo. A nostro sommo avviso, la nozione di "capacità penale" offerta dall'illustre scrittore, è limitata al solo aspetto della

“capacità di pena” e non, come da noi sostenuto nel testo, di «capacità di imputazione di fattispecie giuridiche». Ritenere un soggetto “capace” solo perché è possibile indirizzargli delle sanzioni che, in contesti diversi, sono considerate penali per circondarle delle massime garanzie, oltre a presentare solo una porzione della realtà, presenta un vizio di inversione metodologica perché individua una nozione di “responsabilità penale” a partire dalla pena e non – come appare più corretto – dal rapporto di imputazione. Riguardo alle sanzioni applicabili, v’è anche da dire che non si saprebbe davvero come giustificare, al cospetto del quarto comma dell’art. 27 Cost., la misura dello scioglimento che, per la persona giuridica, rappresenta la morte.

[49] Cfr. SOUVILLE C., *La responsabilité pénale des personnes morales, un retour à l’ancien droit?*, in AA.VV., *Le nouveau code pénal dix ans après* (a c. di D. Thomas), Paris, 2005, 19 ss.

[50] Categorie sviluppate particolarmente da LAMPE, *Systemunrecht und Unrechtssysteme*, in *ZStW*, 1994, 683 ss.

[51] SOUVILLE, *La responsabilité pénale des personnes morales, un retour à l’ancien droit?*, cit., 29. Cfr., pur con conclusioni diverse, DI GIOVINE O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti* (a c. di G. Lattanzi), Milano, 2005, 21.

[52] Per ulteriori approfondimenti comparatistici: ZIESCHANG, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im französischen Recht – Modellcharakter für Deutschland?*, in *ZStW*, 2003, 120 ss.; STRATENWERTH, *Zurechnungsprobleme im Unternehmensstrafrecht*, in *Festschrift für Manfred Burgstaller* (a c. di Ch. Grafl-U. Medigovic), Wien-Graz, 2004, 194 ss.; WEIGEND E.-NAMYSLOWSKA GABRYSIK, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im polnischen Recht*, *ivi*, 2004, 544 s., LUTS M.-SOOTAK J., *Das estnische Strafgesetzbuch von 2002 – Ende oder Beginn der Strafrechtsreform?*, *ivi*, 2005, 659; nonché, RUGGIERO, *Primo sguardo d’insieme sulla responsabilità delle persone giuridiche nel nuovo codice penale turco*, in *Unità del sapere giuridico ed eterogeneità dei saperi del giudice* (a c. di V. Garofoli), Milano, 2005, 349 ss.

[53] Cfr. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 1^a ed., Padova, 1998, 133.

[54] SORDINO M.C., *La responsabilité pénale des personnes morales: partitions nouvelles pour mélodies anciennes*, in AA.VV., *Le nouveau code pénal dix ans après*, cit., 40 s.; VARINARD A., *Personnes morales. Responsabilité pénale*, in *Les grands arrêts du droit pénal général* (a c. di J. Pradel-A. Varinard), 5^a ed., Paris, 2005, 494 ss.

[55] Cfr. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, 93 s.

[56] Può ben darsi, inoltre, che la persona giuridica non sia punibile perché i reati non sono stati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio. Quest’ultimo, nella forma del “profitto”, può verificarsi in ogni caso, ed essere confiscato a norma del quinto comma dell’art. 6.

[57] Cfr. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in questa *Rivista*, 2005, 609.

[58] Sia consentito, sul punto, il rinvio a RUGGIERO, *Primo sguardo d’insieme sulla responsabilità delle persone giuridiche nel nuovo codice penale turco*, cit., 360 s.

[59] Sull’argomento, per tutti, D’HAUTEVILLE A., *Les transformations de la faute pénale*, in AA.VV., *Le nouveau code pénal dix ans après*, cit., 8 ss.

[60] La legge poi precisa nuovamente che «la responsabilité des personnes physiques n’est pas exclue sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l’article 121-3».

[61] Cfr. VARINARD, *Personnes morales. Responsabilité pénale*, cit., 510-511, 512; altresì, SORDINO, *La*

responsabilité pénale des personnes morales: partitions nouvelles pour mélodies anciennes, cit., 43 s. In una prospettiva di superamento che consenta di risaltare la novità contenuta nella riforma del 2000, per tutti, DI MARINO G., *Le développement de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004, 27 ss.

[62] *Contra*, DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 184.

[63] Qualificare “amministrativa” la responsabilità dell’ente ha importanti implicazioni pratiche. Pensiamo, innanzitutto, all’impossibilità per il soggetto danneggiato dal reato, di potersi costituire parte civile direttamente nei confronti dell’ente. Dall’impianto del decreto 231/2001 emerge ulteriormente la natura “riflessa” della responsabilità dell’ente, la cui “garanzia”, in questo caso, è limitata, secondo alcune recenti pronunce giudiziarie, alla responsabilità per fatto altrui prevista dall’art. 2049 c.c. V., Trib. Milano, ord. 9 marzo 2004, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1333 ss. con nota critica di GROSSO C.F., *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*. *Contra*, tuttavia, Trib. Torino, ord. G.i.p., 12 gennaio 2006, in www.reatisocietari.it

[64] Cfr. ALBRECHT P.A., „Krieg gegen den Terror“ – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht, in *ZStW*, 2005, 852. Si veda, altresì, il bel saggio di SEELEMANN K., *Menschenwürde zwischen Person und Individuum. Von der Repräsentation zur Selbst-Darstellung?*, in *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe* (a c. di D. Dölling), Berlin, 2003, 302 ss.

[65] JAKOBS, *Terroristen als Personen im Recht?*, in *ZStW*, 2005, 842 s. Affermazione largamente recepita per intendere il momento dinamico della norma penale. Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Barcelona, 2002 (rist. 2003), 71.

[66] JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, in *Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 2004, 29 e nota 143, con particolare riferimento al pensiero di Lampe.

[67] Si fa l’esempio del nipote (*der böse Neffe*) che uccide lo zio per accelerare il beneficio dell’eredità. Un caso simile, afferma Jakobs, non manda in rovina alcuno Stato, perché il reato non si rivolge contro l’esistenza di esso, né nei confronti di alcuna delle sue istituzioni: JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchststrichterlichen Rechtsprechung im Straf- und Strafverfahrensrecht* (d’ora in poi HRRS), 2004, 91.

[68] Per la prima volta in JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, 778-779 e *passim*. Più di recente: ID., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, cit., 88 ss.

[69] Cfr. GRECO L., *Über das so genannte Feindstrafrecht*, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (d’ora in poi GA), 2006, 100 ss.

[70] L’*aperçu* filosofico in riferimento – oltre agli autori citati nel testo – a Rousseau ed a Fichte è riportato molto chiaramente in JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, cit., 89 s. Per ulteriori sviluppi critici con riguardo, in particolare, al pensiero di Schmitt, v. AMBOS K., *Feindstrafrecht*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2006, 2 ss., 17 ss.; HÖRNLE T., *Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs »Feindstrafrecht«*, in *GA*, 2006, 91 ss. cui rimandiamo per le ulteriori citazioni.

[71] La trasposizione operata da Jakobs del pensiero di Hobbes e di Kant, per giustificare la presente costruzione teorica, è stata vivacemente criticata, fra gli altri, da BUNG J., *Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person*, in *HRRS*, 2006, 69 s.

[72] Già nel pensiero di Luhmann, dal quale Jakobs trae largo spunto nella elaborazione del

“funzionalismo penale”, si legge che gli individui non formano parte di sistemi sociali in quanto tali, bensì di ciò che gli sta intorno (*Umwelt*) e, per la società, tanto ciò che sta intorno che i suoi elementi hanno identica importanza. La esclusione degli individui dal concetto di sistema sociale deriva dal fatto che *Luhmann* non accetta la concezione dell'individualismo razionalista moderno, negando che la persona possa essere considerata come centro del sistema stesso. Da questa nuova prospettiva la società non si struttura sulla relazione fra soggetti, bensì in base alla relazione fra sistemi, ed il soggetto, lontano da ubicarsi in un unico sistema sociale, si relazionerà con tutti: può quindi fuoriuscire da un sistema ed entrare in un altro. Cfr.: GARCIA AMADO, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, 1997, 154 ss.

[73] Cfr. il prologo alla prima edizione del Manuale di JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-New York, 1983.

[74] JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, cit., 751.

[75] JAKOBS, *Untaten des Staates-Unrecht im Staat*, in *GA*, 1995, 1 ss.

[76] Sui c.d. *reati cumulativi* o di *accumulazione*, v. SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, cit., 94 ss.

[77] Soluzione adottata ad es. dal California Penal Code, Section 667, richiamato da JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, cit., 38 e nota 163.

[78] JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick* (a c. di Eser-Hassemer-Burkhardt), München, 2000, 53 ss. Si veda in proposito la discussione sviluppata, rispettivamente, da SCHULZ, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, in *ZStW*, 2000, 659 ss. e SCHÜNEMANN, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, in *GA*, 2001, 210 ss., nonché la breve replica di JAKOBS, *Terroristen als Personen*, cit., 845 e nota 14.

[79] Si veda la precisa disamina critica svolta dal RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, 111 s., 156 ss. Per l'ulteriore sviluppo del pensiero dell'Autore v. JAKOBS, *Zur gegenwärtigen Straftheorie*, in *Strafe muß sein! Muß Strafe sein?* (a c. di K.M. Kodalle), Würzburg, 1998, 29 ss.; ID., *Erster Vortrag. Strafbegründung und positive Generalprävention*, in *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart* (a c. di P. Siller-B. Keller), Baden-Baden, 1999, 135 ss., nonché gli scritti citati alle note precedenti.

[80] V., di recente, JAKOBS, *Terroristen als Personen*, cit., 850.

[81] Cfr., soprattutto, l'ampia ed approfondita indagine di APONTE A., *Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Baden-Baden, 2004, 66 ss.

[82] Sostiene JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, cit., 89 che allo stato attuale è possibile parlare di una «*Gefahrbekämpfung statt Kommunikation, Feindstrafrecht statt Bürgerstrafrecht*».

[83] Cfr. BARATTA, *I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. I, cit., 336 ss. e *passim*.

[84] V., per la c.d. “legislazione dell'emergenza”, ANTOLISEI, *Manuale, parte generale*, cit., 27 s. e bibliografia *ivi* richiamata; altresì, SCHIAFFO, *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale: la politica criminale negli “assiomi oscuri” dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale* (a c. di Moccia), vol. I, Napoli, 2002, 174 ss. Sugli effetti della riforma dell'art. 53 c.p. v. CARACCIOLI, *Manuale, parte generale*, 2^a ed., cit., 409.

[85] Ci sembra che anche il c.d. “diritto premiale” possa rientrare nella definizione data di “diritto penale del nemico”, quando uno Stato ‘svende’ la punibilità per favorire la dissociazione e il pentitismo; ove è chiara l’insufficienza degli ordinari mezzi a disposizione per contrastare alcuni imponenti fenomeni criminali, nonché, malinconicamente, l’impotenza davanti a questi.

[86] In argomento: LAUDI M., *Reato associativo e terrorismo: un ruolo importante per il nuovo art. 270 bis c.p.*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 526 ss.

[87] È dato per acquisito che la giustificazione del “diritto penale del nemico” risiede nel più ampio fenomeno di contrasto alla criminalità organizzata la quale, a sua volta, include la lotta contro il terrorismo. Cfr. RIQUERT F.L.-PALACIOS L.P., *El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes*, in *La Ley*, 2003, 2.

Sul concetto di “criminalità organizzata”, sul suo sviluppo storico e per ampie ricerche di carattere empirico, v. KINZING J., *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlin, 2004, 125 ss.

[88] Si veda l’ampia indagine di CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale. Contributo all’interpretazione della L. 11 agosto 2003, n. 228*, Padova, 2005, *passim*.

[89] Come è accaduto per l’art. 69 c.p. il cui quarto comma, sostituito dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. “ex-Cirielli”), esclude dal bilanciamento il caso previsto dal quarto comma del nuovo art. 99 c.p. anch’esso oggetto della citata novella, che va sotto il nome di “recidiva reiterata”, nonché i casi previsti dagli artt. 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.

[90] Aspetto – quest’ultimo – abbastanza trascurato. V., comunque, per alcuni spunti, LAUDI, *Reato associativo e terrorismo*, cit., 528.

[91] Per ulteriori esempi e citazioni, v. l’importante saggio di MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»*, in *Revista Penal*, 2005, 126 s. Sugli influssi delle riforme del 2003 sulla parte generale e speciale del *Código penal* spagnolo v. MIR PUIG-ALCÁZER GUIRAO, *Richtungswechsel in der spanischen Kriminalpolitik: Die letzten Reformen des Strafgesetzbuches*, in *GA*, 2005, 245 ss. e nota 2.

[92] Cfr. CANCIO MELIÁ, *Feind „strafrecht“?*, in *ZStW*, 2005, 269.; AMBOS K., *Feindstrafrecht*, cit., 15 ss., 25.

[93] Sul punto: MÜLLER, *Der sogenannte “Große Lauschangriff”. Eine Untersuchung zu den Rechtsproblemen der Einführung der elektronischen Wohnraumüberwachung zur Beweismittelgewinnung*, Marburg, 2000, 63 ss.; HÖRNLE, *Deskriptive und normative*, cit., 88.

[94] Le esemplificazioni qui riassunte le abbiamo tratte da MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo»*, cit., 127-128 e da ALBRECHT P.A., *„Krieg gegen den Terror“*, cit., 859 e nota 14.

[95] APONTE, *Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, cit., 19 s., part. 116 ss.

[96] V. l’indagine empirica condotta da APONTE, *Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, cit., 203 ss., 265 ss.

[97] Le notazioni riportate nel testo le abbiamo tratte da una intervista di Ulrich RAULFF rivolta a

Giorgio AGAMBEN ed apparsa sul quotidiano *Süddeutsche Zeitung* del 6 aprile 2004, nella traduzione inglese che abbiamo qui consultato, disponibile sulla rivista telematica *German Law Journal*, n. 5 del 1 marzo 2004, all'indirizzo web <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=437>

[98] Sul punto: ALBRECHT P.A., „*Krieg gegen den Terror*“, cit., 860. Rileviamo brevemente che il “ricorso per *Habeas Corpus*” non è esclusivo del diritto Nordamericano, ma vige in Paesi che a quel sistema, in un certo qual modo, si ispirano. Particolarmente interessante si presenta l'analisi della giurisprudenza del Tribunale costituzionale peruviano a cura di HUERTA GUERRERO L.A., *Hábeas Corpus y condiciones de reclusión*, in *Comisión Andina de Juristas*, 2003, reperibile sul sito www.cajpe.org.pe

[99] È stato autorevolmente osservato che taluni interventi legislativi ispirati alle situazioni ‘emergenziali’, violano i principi elementari di garanzia, come quelli di materialità, offensività, determinatezza e la stessa personalità della responsabilità penale: MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. I, cit., 131.

[100] È noto che, durante il regime nazista, le leggi di Norimberga del 1935 privando gli ebrei della cittadinanza tedesca, li riduceva a soggetti di “seconda categoria”, proibendone i matrimoni con persone di razza ariana e punendo quale delitto di “oltraggio alla razza” eventuali relazioni fra essi. Vi è, infatti, chi vede un malsano parallelismo fra la considerazione del “nemico” quale “non-persona” e le leggi naziste, particolarmente con lo sviluppo che queste hanno avuto culminando nella *Verordnung gegen Volksschädlinge* del 5 settembre 1939. Si veda la forte presa di posizione espressa da MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre casualismo y finalismo*, Valencia, 2000, 72 ss. e, soprattutto, da AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995 (rist. 2005), 146.

[101] Significativo l'esempio del nuovo codice penale dell'Estonia, nel commento offerto da LUTS-SOOTAK, *Das estnische Strafgesetzbuch von 2002*, cit., 656. Cfr., altresì, più in generale, SAJÓ, *The impacts of EU Accession on Post-communist Constitutionalism*, in *Acta Juridica Hungarica*, 2004, p.193 ss.

[102] Cfr. HETZER W., *Terrorismusbekämpfung zwischen Risikosteuerung und Rechtsgüterschutz*, in *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2005, 122 ss.; AMBOS K., *Feindstrafrecht*, cit., 11 s.

[103] Ribadisce, di recente, la pluridimensionalità della scienza penale: REGINA, *Il diritto penale di evento. Aspetti sostanziali e processuali nel progetto Grosso*, in *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo* (a c. di V. Garofoli), Milano, 2004, 161.

[104] Cfr. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 276 ss.

[105] Fondamentale, sul punto, il lavoro insuperato di CARACCIOLI, *Premesse allo studio della disciplina costituzionale delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, 525 ss.

[106] Cfr. CANCIO MELIÀ, *Feind „strafrecht“?*, cit., 286 s.

Anche la precedente polemica relativa alla obbligatorietà di sottoporre il delinquente abituale, professionale o per tendenza, alla misura di sicurezza della casa di lavoro o colonia agricola, ci sembra abbastanza evanescente. Il recidivo non soggiace ad alcuna misura di sicurezza, mentre la presunzione di abitualità richiede la commissione di reati della stessa indole, legati alla entità complessiva della pena inflitta ed ad un arco temporale determinato. Stesso discorso vale per la “professionalità” nel reato per la quale, la regola d'esperienza insegna che, difficilmente chi vive in tutto o in parte dei proventi derivanti dal reato, potrà trovare altra strada che non sia il delitto, se non viene educato, secondo un trattamento personalizzato, al lavoro.

Si potrà discutere, e lo si è fatto nel recente “Progetto Nordio” di riforma del Codice penale, se eliminare le misure di sicurezza nei confronti degli imputabili. Anzi, riservare le misure di sicurezza ai soli infermi di mente, ribadisce ancora una volta la precipua finalità di prevenzione speciale che esse possiedono e l'impossibilità di rinunziarvi. Ribadisce, di recente, l'autonomia delle misure di sicurezza: AMISANO M., *Premesse ad un'indagine sull'elemento psicologico del fatto del non imputabile per infermità*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, cit., 538 s. e nota 8.

[107] JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” (trad. di M. CANCIO MELIÁ dell'originale inedito: *Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?*), riprodotto in *El sistema funcionalista del Derecho penal* (a c. di G. Jakobs-M. Cancio Meliá), Lima, 2000, 43 ss.

[108] JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal?*, cit., 46 s.

Affermazione ricorrente in dottrina, pur con innumerevoli correttivi e adattamenti, è quella per la quale il diritto penale è posto a difesa dei beni giuridici. V., per tutti, ANTOLISEI, *Manuale, parte generale*, cit., 177-178 e note.

[109] Accanto all'ordinamento in funzione del possesso dei beni, che comporta per tutti il “dovere negativo” di non ledere tali beni, esiste quello che implica un “dovere positivo”, cioè che i padri si occupino dei figli, che i giudici pronuncino sentenze giuste, che la polizia prevenga i delitti e persegua i delinquenti.

[110] Sul punto, con speciale chiarezza, LICCI, *Abuso d'ufficio. Analisi di un enunciato normativo*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, cit., 495 s.

[111] ANTOLISEI, *Manuale, parte generale*, cit., 181.

[112] Notazione davvero antica e che ha trovato in Italia la più compiuta soluzione nel pensiero dell'ANTOLISEI, *Il reato come offesa di un bene giuridico*, in *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, 82. Alcune osservazioni critiche anche in FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Bologna, 2001, 27.

[113] JAKOBS, *¿Qué protege el Derecho penal?*, cit., 47 s. La teoria in esame ha avuto importanti riflessi nella produzione scientifica di lingua tedesca e spagnola, e comincia a penetrare anche in Italia, come emerge dal lavoro di CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 106 ss., 244 ss., il quale verifica la tenuta di tale modello sul terreno della cooperazione nel delitto colposo, a sostegno del quale la personalità della responsabilità penale sancita dall'art. 27, primo comma, della Costituzione italiana, comporterebbe il divieto di imputazione di eventi che cadono al di fuori della sfera di competenza dell'agente.

[114] Cfr. HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento* (trad. it. di L. Cornacchia), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 758.

[115] Per tutti: MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2000, 23 s., 27 ss. il quale ritiene formulabili nei confronti di Jakobs le stesse obiezioni mosse a Roxin. Noi crediamo, tuttavia, che la tesi della “imputazione oggettiva” di Roxin non abbandoni del tutto lo sfondo naturalistico, dato che essa si propone di inserirsi fra il fatto e l'elemento soggettivo, a tutto svantaggio di quest'ultimo ma a ridosso della causalità.

Nella letteratura italiana più recente, l'allocazione del “principio di *autoresponsabilità*” nella categoria dell'imputazione oggettiva è stata sottoposta a penetranti critiche, reputandosi metodologicamente più corretto lo studio del problema entro lo sfondo problematico della colpa. Si v. la raffinata indagine della DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 338 ss. e *passim*. In Germania, di

contro, si rimane coerentemente ancorati ad una dimensione “oggettiva” dell’autoresponsabilità, come emerge dal lavoro di MURMANN U., *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin-Heidelberg, 2005, 318 ss.

[116] Nonostante le critiche formulate della dottrina italiana, parte della stessa (MORSELLI, *Il ruolo dell’atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, 39 ss., 49 ss.; MARINUCCI, *Non c’è dolo senza colpa. Morte dell’imputazione oggettiva dell’evento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 3 ss.) non è riuscita a svincolarsi da taluni risultati cui sono approdate le teorie della imputazione oggettiva, ad es. considerando il dolo e la colpa forme “scalari” di colpevolezza.

[117] Discorso analogo vale anche per l’inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ove permane sempre un giudizio di evitabilità.

[118] Chiaro appare che di volontà possiamo qui parlare ma in un senso del tutto figurato, nel senso cioè dei sistemi normativi, stadio finale di un processo di imputazione. Cfr.: ANTOLISEI, *Manuale, parte generale*, cit., 342 s.

[119] Possiamo ulteriormente notare che attribuire a tutti i soggetti, indiscriminatamente, un ruolo, significa rendere impraticabile la distinzione fra reati “propri”, figure di reato ove la delimitazione della cerchia dei destinatari dell’obbligo nascente dalla norma incriminatrice non importa che la qualifica soggettiva rifluisca nel fatto, e reati “pseudo-propri”, ove la qualifica soggettiva è invece calata nel fatto e sarebbe, quindi, ricavabile dalla struttura dell’illecito pur in assenza di esplicita indicazione normativa. Con quali conseguenze riguardo l’oggetto del dolo è facile intuire.

[120] RONCO, *Descrizioni penali d’azione*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, cit., 237 ss.

[121] CANCIO MELIÁ, *Feind „strafrecht“?*, cit., 273, part. 276.

[122] Cfr. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d’autore*, Padova, 1967, 264 ss.

[123] Ricordiamo che altre conseguenze collegate alla declaratoria dello stato di recidivo, quali – fra le altre – l’impossibilità di fruire dell’oblazione nelle contravvenzioni punite con pene alternative, dell’estinzione delle pene della reclusione e della multa per decorso del tempo e dell’amnistia, erano già ricollegate alla recidiva reiterata. La riforma del 2005 ha introdotto ulteriori ipotesi che riguardano esclusivamente la recidiva reiterata (artt., 69, quarto comma, e 81 c.p.) così contribuendo a rafforzare la figura del «delinquente terziario» che abbiamo formulato nel testo.

[124] Ricordiamo brevemente che, seppur accomunati, gli istituti della recidiva, abitudine, professionalità e tendenza a delinquere, presentano una profonda diversità di effetti, talché la dottrina ne preferisce una trattazione separata. Cfr. CARACCIOLI, *Manuale, parte generale*, 2^a ed., cit., 591.

[125] Cfr. SAUER, *Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 1704; AMBOS K., *Feindstrafrecht*, cit., 15 ss

[126] Su questo aspetto, spesso dimenticato, con la consueta efficacia, PULITANO, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 951 ss.

[127] In dottrina si possono registrare posizioni per lo più contrarie e fortemente critiche. V., con diverse sfumature, CANCIO MELIÁ, *Feind „strafrecht“?*, cit., 284 s.; APONTE, *Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, 305 ss.; ESER, *Schlussbetrachtungen*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, cit., 444 ss.; DONINI, *¿Una nueva edad media penal?*, in *Temas de Derecho penal económico* (a c. di J.M. Terradillos Basoco-M. Acale Sánchez),

Madrid, 2004, 214 ss.; ALBRECHT P.A., „Krieg gegen den Terror“, cit., 856 s.; MIR PUIG, *Grenzen des Normativismus im Strafrecht*, in *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag (a c. di R. Hefendehl), Köln, 2005, 89; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., München, 2006, § 2 N; HÖRNLE, *Deskriptive und normative*, cit., 93 s.; GRECO L., *Über das so genannte Feindstrafrecht*, cit., 102 ss.

[128] Su questo fenomeno v., fra gli altri, PALAZZO, *La politica criminale nell'Italia repubblicana, in Storia d'Italia. Annali 12. La criminalità* (a c. di L. Violante), Torino, 1997, 851 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 1997.

[129] Questa, forse, l'origine della mancata comprensione da parte dei critici del pensiero del GALLO, voce *Capacità penale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. III, 1958, 882 ss., ora in ID., *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999, cit., loc. cit.

[130] Cfr. MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale*, cit., in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. I, cit., 126 ss. Cfr., altresì, MIR PUIG, *El derecho penal en el Estado social y democratico de derecho*, Barcelona, 1994, *passim*.

[131] AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 191.

[132] JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, cit., 751 ss.

[133] L'utilizzo spregiudicato del «tentativo» consente agli Autori di esprimersi nel senso di una riviscenza del “diritto penale dell'atteggiamento interiore”, come emerge dal lavoro di STEGMANN A., *Organisierte Kriminalität – Feindstrafrechtliche Tendenzen in der Rechtsetzung zur Bekämpfung organisierter Kriminalität*, Bern, 2004, 109 ss., 121. V. anche le lucide considerazioni di BUNG, *Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung*, cit., 65 s. e della HÖRNLE, *Deskriptive und normative*, cit., 87 s.

[134] CAMPANALE, *Soggettività senza soggetto*, cit., 27.

[135] Cfr. SCALISI, *Il valore della persona umana nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, *passim*; VASSALLI, *Costituzione, sistema penale e diritti dell'uomo*, in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. I, cit., 51 ss.

[136] È da segnalare altresì il lavoro di creazione di una parte generale di “diritto penale internazionale” fondato sui “diritti umani interculturalmente riconosciuti”. Così: AMBOS K., *La construcción de una parte general del derecho penal internacional*, in *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España* (a c. di K. Ambos-E. Malarino-L. Woischnik), Montevideo, 2005, 18.

[137] Cfr. BARATTA, *I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva*, cit., in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. I, cit., 340 ss.; HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *HRRS*, 2006, 138.

[138] Inquietanti le notizie riportate da BASSIOUNI M.C., *The regression of the rule of law under the guise of combating terrorism*, in *Revue internationale de droit pénal. Hommage a Dominique Poncet*, 2005, 22 s.

[139] Lo “stato d'emergenza”, purché rispettoso dei principi, dovrebbe avere una durata limitata nel tempo. Lo stratificarsi degli interventi contingenti – addirittura facoltizzando con ripetute proroghe organi amministrativi ad avvalersi di truppe militari senza una norma di coordinamento con l'art. 10 c.p.m.g. e senza una previa deliberazione parlamentare – ha trasformato una situazione di “necessità” in una “perenne emergenza”. Il rimando è d'obbligo a MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit.. Cfr., altresì, SCHIAFFO, *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale*, cit., in *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. I, cit., 178 ss., part. 206 ss.; DONINI, *Il volto attuale*, cit., 55 ss; ALBRECHT P.A., „Krieg gegen den Terror“, cit., 854 s., 862

S.

[140] DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 315.

[141] Che il “capitalismo” sia un sistema basato sullo sfruttamento e che il terrorismo sia una opposizione al sistema capitalista è sottolineato particolarmente da RIQUERT-PALACIOS, *El Derecho Penal del Enemigo*, cit., 3.

[142] Cfr. BARATTA, *Introduzione*, in *Governare la sicurezza: attori, politiche e istituzioni in Europa*. Atti del convegno di Bologna 4-5 aprile 2002, in *Dei delitti e delle pene*, 2002, 31; ALBRECHT H.J., *Polizei, Diskriminierung und Fremdenfeindlichkeit in multi-etnischen Gesellschaften*, in *Festschrift für Stefan Trechsel* (a c. di A. Donatsch-M. Forster-C. Schwarznegger), Zürich, 2002, 327 ss.; WALTER M., *Kriminalpolitik im Wandel: Von der institutionalisierten Tatvergeltung zu einer gesamtgesellschaftlichen Kriminalprävention?*, in *GA*, 2005, 491 ss.

[143] CARACCIOLI, *Manuale, parte generale*, 2^a ed., cit., 843.